Die rechtliche Natur der Aneignung und Eigentumsaufgabe.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Hans Lohweg

aus Bocholt.

Approbiert am 28. Juli 1930.

* 1931 *

Buch- und Kunstdruckerei J. & A. Temming, Bocholt i. W.

31:325

Die rechtliche Natur der Aneignung und Eigentumsaufgabe.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Hans Lohweg

aus Bocholt.

Approbiert am 28. Juli 1930.

* 1931 *

Buch- und Kunstdruckerei J. & A. Temming, Bocholt i. W.

Referent:
Geh. Justizrat Univ.-Prof. Dr. Kübler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis V

Einleitung

§ 1. Die Beurteilung der rechtlichen Natur von Aneignung und Eigentumsaufgabe in der Literatur . . . . . 1— 3

I. Abschnitt: Die juristischen Handlungen.

§ 2. Der Begriff des Rechtsgeschäfts und der Willenserklärung . . . . . 4—14

§ 3. Der Begriff der Rechtshandlung i. e. S. . 14—16

II. Abschnitt: Der Eigenbesitz.

§ 4. Allgemeines über den Eigenbesitz . . . 16—17

§ 5. Entstehung des Eigenbesitzbegriffes im B.G.B. 17—22

§ 6. Die Begriffsmerkmale des Besitzes . . . 22—25

§ 7. Der Begriff des Eigenbesitzes . . . . . 26—40

§ 8. Eigenbesitz ohne Besitzwillen? . . . . . 40—46

§ 9. Das Wesen des Eigenbesitzwillens . . . 46—54

III. Abschnitt: Die rechtliche Natur der Aneignung und Eigentumsaufgabe.

§ 10. Vergleich mit dem römischen Recht . . . 55—57

§ 11. Ergebnis . . . . . 57—70

Literaturverzeichnis

Achilles-Greiff: Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Aufl. Berlin und Leipzig 1927.

Affolter: Das Willensmoment beim Besitzerwerbe. Im Arch. f. bürgerl. Recht. Bd. 17, S. 1 ff.

Aravantinos: Die Anfechtbarkeit der Besitzübertragung im deutschen bürgerlichen Recht. In Jher. Jahrbüch., Band 41, S. 101 ff.

Auerbach: Merkmale und Bedeutung des Eigenbesitzes. In „Rostocker Rechtswissenschaftliche Studien", herausgegeben von Matthiass und Geffcken. III. Band, 2. Heft.

Bartels: Ausführungen zur Besitzlehre des B. G. B. in Gruchots Beiträgen, Band 42, S. 645 ff.

Biermann: Komm. z. B. G. B. und seinen Nebengesetzen, Sachenrecht, III. Aufl. Berlin 1914.

Binder: Wille und Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäftes. Im Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Band V, S. 266 ff., S. 414 ff., S. 556 ff.; Band VI, S. 96 ff., S. 282 ff., S. 451 ff.

Breit, James: Die Geschäftsfähigkeit, I. Hälfte, Leipzig 1903.

Breit, Max: Die Willenserklärung als Aeußerung und Leistungsgegenstand nach dem deutschen B. G. B. In „Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts", 55. Jahrg., Heft I.

Brodmann: In Plancks Komm. zum B. G. B. und seinen Nebengesetzen, Bd. III, 4. Aufl. Berlin und Leipzig 1920.

— Der Besitz im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Band I, S. 688 ff.

Bruns: Besitzerwerb durch Interessevertreter. Tübingen 1910.

Buhl: in: Das Recht des B. G. B. in Einzeldarstellungen. Nr. 12. Das Recht der beweglichen Sachen nach dem B. G. B. Berlin 1902.

Bunsen: Besitzschutz im B. G. B. Im Archiv für bürgerliches Recht, Band 23.

Burghoff: Der Besitzwille. Greifswalder Dissertation von 1900.

Cosack: Lehrbuch des bürgerl. Rechts, bearbeitet von Heinr. Mitteis, II. Band, 7.—8. Aufl., Jena 1924.

Crome: System des deutschen bürgerl. Rechts, Bd. I, Tübingen und Leipzig 1900, Bd. III, Tübingen 1905.

Danz: Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, III. Aufl., Jena 1911.

— Kritik zu: Jsay, die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts in „Kritische Vierteljahresschrift", Bd. 42, S. 25 ff.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. Bd. I, III. Aufl., Halle a. S. 1906; Band 3, 4. Aufl. Halle a. S. 1908.

Dittenberger: Der Schutz des Kindes gegen die Folgen eigener Handlungen, Berlin 1903.

Draganescu, George: Die Lehre vom Besitzerwerb durch Stellvertreter nach römischem und bürgerlichem Recht . . . Berlin 1916.

Eck: Vorträge über das Recht des B. G. B., Bd. II, I. bis II. Auflage, Berlin 1904.

Ehrlich: Die stillschweigende Willenserklärung, Berlin 1893.

Eltzbacher: Die Handlungsfähigkeit, I. Band, Berlin 1903.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I, 8. Aufl., Berlin 1903; Bd. 2, 1. Abtlg., 8. bis 9. Aufl. Berlin 1905.

Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Band, 1. Abtlg. 25. bis 29. Aufl., Marburg 1926.
Fink: Die rechtliche Natur der Aufgabe des Eigentums nach heutigem bürgerlichen Recht. Breslauer Dissertation 1904.
Fischer-Henle: Das B. G. B. nebst Einführungsgesetz, 11. Aufl., München 1921, S. 30.
Flad: In Plancks Kommentar zum B. G. und dem Einführungsgesetz. Band I, 4. Aufl., Berlin 1913.
Flierl: Die rechtliche Natur von Aneignung und Aufgabe. Erlanger Dissertation von 1924 (in Maschinenschrift erschienen).
Frank: Der Besitzwille nach dem B. G. B. Bonner Dissertation von 1898.
Friebe: Ist zum Eigenbesitz der sogen. animus domini erforderlich? Breslauer Dissertation von 1905.
Gierke: Deutsches Privatrecht, II. Band in Bindings Handbuch der Rechtswissenschaft. II. Abtlg. III. Teil, 2 Bände, Leipzig 1905.
— Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht im B. G. B. Jena 1898.
Goldmann-Lilienthal: Das B. G. B., Band II, Berlin 1912.
Greiff: In Plancks Kommentar zum B. G. B. und dem Einführungsgesetze, Band III, 3. Auflage, Berlin 1906.
Hedemann: Kritik über Auerbachs Schrift, Merkmale und Bedeutung des Eigenbesitzes. (Zivilistische Rundschau im Archiv für bürgerliches Recht, Band 25, S. 381 f.)
Hellmann: Vorträge über das B. G. B. für das Deutsche Reich. Allgemeiner Teil, 1897.
— Zur Lehre von den Willenserklärungen nach bürgerlichem Recht. In Jher. Jahrbüch. Band 42, S. 413.
Hempowicz: Merkmale und Bedeutung des Eigenbesitzes . . . Breslauer Dissertation von 1907.
Henle: Vorstellungs- und Willenstheorie in der Lehre von der juristischen Willenserklärung. Leipzig 1910.
Hölder: Das Wesen der rechtswirksamen Willenserklärung. In Jher. Jahrbüchern, Band 55, S. 413 ff.
— Willenstheorie und Erklärungstheorie. In Jher. Jahrbüch. Band 58, S. 101 ff.
ten Hompel: Der Verständigungszweck im Recht. Berlin 1908.
Höpker-Aschoff: Besitzwille und Eigenbesitz. Bonner Dissertation von 1907.
Jacobi: Die Theorie der Willenserklärungen. In den Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß, herausgegeben von O. Fischer. 20. Band. 2. Heft. München 1910.
Jacobsohn: Die Anfechtung stillschweigender Willenserklärungen wegen Irrtums. In Jher. Jahrbüch. Band 56, S. 329 ff.
Jsay: Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts. Jena 1899.
— Zur Lehre von den Willenserklärungen nach bürgerlichem Recht. In Jher. Jahrbüch. Band 44, S. 43 ff.
Kipp: Kritik von: Dittenberger: Der Schutz des Kindes . . . . in Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 54, S. 609 ff.
Klein: Die Rechtshandlungen im engeren Sinne. München 1912.
— Zur Lehre von den „Rechtshandlungen im engeren Sinne". In „Seufferts Blätter für Rechtsanwendung", Band 76, S. 116 ff.
— Inwieweit sind die Vorschriften über Geschäftsfähigkeit (B. G. B. §§ 104 ff.) auf die „rein äußeren Handlungen" analog anwendbar? In „Seufferts Blätter für Rechtsanwendung", Band 76, S. 512 ff.
Knauth: Die Bedeutung des Eigenbesitzes nach dem B. G. B. Jenaer Dissertation von 1906.
Kniep: Der Besitz des B. G. B. Jena 1900.
Kober: In Staudingers Kommentar zum B. G. B. und dem Einführungsgesetze, Band III, 1. Teil, 9. Auflage, München, Berlin und Leipzig 1926.
Kohler: Vertrag und Uebergabe. Im Archiv für bürgerliches Recht, Band 18, S. 1 ff.

Krebs: Ueber Rechtshandlungen i. e. S., insbesondere über die rechtliche Natur von Okkupation und Dereliktion und die Beteiligung Dritter bei der Vornahme von Rechtshandlungen i. e. S. Leipziger Dissertation von 1906.
Kress: Besitz und Recht. Nürnberg und Leipzig 1909.
Kretschmar: Das Sachenrecht des B. G. B., Leipzig 1906.
Kurts: Ist die Aneignung (§ 958 B. G. B.) ein Rechtsgeschäft und welche Folgen hat dies? Rostocker Dissertation von 1903.
Graf Lanckoronski: Beiträge zur Lehre von der Dereliktion und Okkupation. Breslauer Dissertation von 1907.
Landsberg: Das Recht des B. G. B. I. und II. Hälfte, Berlin 1904.
Lenel: Stellvertretung und Vollmacht. In Jher. Jahrbüch. Band 36, S. 1 ff.
— Kritik zu Bülow „Das Geständnisrecht" in „Kritische Vierteljahresschrift", Band 42, S. 567 ff.
Leonhard, Franz: Vertretung beim Fahrniserwerb, Leipzig, 1899.
Leonhard, Rudolf: Der allgemeine Teil des B. G. B. Berlin 1900.
Lorenz: Die Dereliktion und ihre Rechtsfolgen. Breslauer Dissertation von 1907.
Maenner: Das Sachenrecht nach dem B. G. B. München 1906.
Manigk: Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte. In den Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, herausgegeben von Rudolf Leonhard, Heft 5, Breslau 1901.
— Die Voraussetzungen des Eigenbesitzes nach dem B. G. B. Im Archiv für Bürgerliches Recht, Band 25, S. 316 ff.
— Willenserklärung und Willensgeschäft. (Zitiert: W. E. u. W. G.) Berlin 1907.
— Irrtum und Auslegung. Berlin 1918.
— Ueber Rechtswirkungen und juristische Tatsachen. In Jher. Jahrbüchern, Band 49, S. 459 ff.
Matthiass: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Band 1 und 2. Berlin 1899.
Meisner: Sachenrecht. Breslau 1901.
Meyer: Die Aneignung nach Deutschem Bürgerlichem Recht. Marburger Dissertation von 1910.
Monich: Willenserklärung und Rechtsgeschäft. Berlin 1900.
Neumann: Handausgabe des B. G. B. Band I, 5. Auflage. Berlin 1909.
Nußbaum: Theoreme und Wirklichkeit in den Allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts. Im Archiv für Bürgerliches Recht. Band 42, S. 136 ff.
Oertmann: Kommentar zum B. G. B. und seinen Nebengesetzen. Bd. I, 3. Aufl. Berlin 1927.
Raape: Besitzerwerb ohne Besitzwillen. Bonner Dissertation von 1901.
Rabel: Besprechung von Staudingers Kommentar zum B. G. B. In der Rhein. Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht. 7. Jahrg. 1914, Heft 4, S. 508 ff.
Rebitzki: Ungewollte Willenserklärungen. Königsberger Dissertation von 1911.
Rehbein: Das B. G. B. mit Erläuterungen, Band I, Berlin 1899.
Reichsgerichtsräte-Kommentar: (zitiert R. G. R. K.), Bd. I, 6. Aufl., 1928; Bd. II, 5. Aufl. 1923, Berlin und Leipzig.
Riezler: In Staudingers Kommentar zum B. G. B. und dem Einführungsgesetz. Bd. I, 9. Auflage, 1925. München, Berlin und Leipzig.
Rosenberg: Im Kommentar zum B. G. B. von Hölder, Schollmeyer u. a. Bd. III, 1. Halbband, München 1919.
Rümelin: Das Handeln in fremdem Namen im B. G. B. Im Archiv für die zivilistische Praxis, Band 93, S. 131 ff.
Scherer: Sachenrecht des B. G. B. Erlangen 1899.
Schloßmann: Willenserklärung und Rechtsgeschäft. In der Kieler Festgabe . . . für Albert Hänel, Kiel und Leipzig 1907.
— Zum Wirtshausrecht und zur Lehre von den herrenlosen Sachen. In Jher. Jahrbüchern, Band 49, S. 139 ff.
Schmidt, Friedrich Otto: Die Aneignung im bürgerlichen Recht. Leipziger Dissertation von 1908.
Schmidt, Walter: Die Eigentumsaufgabe nach bürgerlichem Recht. Breslauer Dissertation von 1906.

Schneider: Die Bedeutung der ausdrücklichen Willenserklärung und ihr Gegensatz zur Willensbetätigung. Im Archiv für Bürgerliches Recht, Band 42, S. 372 ff.
Stöver: Ist die Einigung im Sachenrecht des B. G. B. ein Rechtsgeschäft? Im Archiv für Bürgerliches Recht, Band 26, S. 149 ff.
Strohal: Zum Besitzrecht des Entwurfs eines B. G. B. In Jher. Jahrbüchern, Band 29, S. 336 ff.
— Der Sachbesitz nach dem B. G. B. In Jher. Jahrbüchern, Band 38, S. 1 ff.
Struck: Die Willenserklärung im Sinne des B. G. B. Ein Beitrag zur streitigen Lehre. Erlanger Dissertation von 1916.
Thoma: Die Bedeutung des Besitzwillens im Besitzrecht des B. G. B. Freiburger Dissertation von 1904.
v. Thur: Der allgemeine Teil des B. G. B., Bd. II, 1. Hälfte in „Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft" von Binding, 10. Abteilung, 1. Teil, II. Band, München und Leipzig 1914.
Titze: Das Rechtsgeschäft. Im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. IV. Band, 1927.
Turnau-Förster: Das Liegenschaftsrecht, Band I, Paderborn 1900.
Wedemeyer: Der Abschluß eines obligatorischen Vertrages durch Erfüllungs- und Aneignungshandlungen. Göttingen 1904.
v. Wendt: Besitz und Besitzwille. In der Festschrift für die juristische Fakultät in Gießen zum Universitätsjubiläum. Gießen 1907, S. 79 ff.
— Unterlassungen und Versäumnisse im Bürgerlichen Recht. Im Archiv für zivilistische Praxis, Band 92, S. 1 ff.
Witalinski: Die Rechtsnatur der Aneignung. Breslauer Dissertation von 1927.
Wlassak: Das Rechtsgeschäft und das Verhältnis des Willens zur Erklärung nach deutschem B. G. B. In der Allgemeinen Oesterreichischen Gerichtszeitung vom 1. 3. 1902. 53. Jahrg.
Wolff, Martin: Im Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Von Enneccerus Kipp-Wolff; II. Band, 1. Abteilung, 22.—29. Aufl. Marburg 1926.
— Der Mitbesitz nach dem Rechte des B. G. B. In Jher. Jahrbüchern, Band 44, S. 143 ff.
Wolff: Der Begriff des Besitzes nach dem B. G. B. Erlanger Dissertation von 1900.

Einleitung.

§ 1.

Wohl kaum irgend ein anderer Rechtsakt hat eine so umfangreiche Behandlung, aber auch eine so verschiedenartige Beurteilung seiner Rechtsnatur gefunden wie gerade die durch ein gewisses Verwandtschaftsverhältnis verbundenen Rechtsakte der Aneignung und Eigentumsaufgabe, die die beiden Gegenpole, die äußerste Grenze der rechtlich möglichen Einwirkungen auf eine Sache darstellen. Wie heftig der Kampf der Meinungen tobt, geht aus der Tatsache hervor, daß von den erlaubten[1] juristischen Handlungen, die man in Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen im engeren Sinne,[2] letztere wiederum u. a. in „rein äußere Handlungen"[3] oder „Realakte"[4] und „geschäftsähnliche Rechtshandlungen"[5] abzustufen pflegt, alle genannten Erscheinungsformen zur Bestimmung ihrer Rechtsnatur herangezogen worden sind. So werden beide Rechtsakte bald als Rechtsgeschäfte,[6] bald beide als rechtsgeschäftliche

---

[1] Die unerlaubten Handlungen scheiden von vornherein wegen des Momentes der Rechtswidrigkeit aus.

[2] Für diesen Begriff ist im folgenden der Ausdruck „Rechtshandlung" schlechthin gebraucht.

[3] So Manigk, W. E. und W. G. Seite 652; Klein, die Rechtshandlungen im e. S. Seite 29; Witalinski, die rechtliche Natur der Aneignung (Brelauer Dissertation von 1927) Seite 26.

[4] So Enneccerus § 128 III, 2, 3; Meyer, die Aneignung . . . (Marburger Dissertation von 1910) S. 60.

[5] So Ennecerus § 128 III, 2; Witalinski a. a. O. S. 27; anders Dittenberger, der Schutz des Kindes gegen die Folgen eigener Handlungen, S. 45, der fälschlich zu dieser Kategorie auch die sog. Willensgeschäfte rechnet (vergl. dazu unten § 3) und sich daher für die Bezeichnung „rechtsgeschäftliche Rechtshandlungen" einsetzt.

[6] Aravantinos, die Anfechtbarkeit der Besitzübertragung in Jher. Jahrb. Bd. 48 S. 134, II a in Verbindung mit S. 137; J. Breit, die Geschäftsfähigkeit, S. 260 ff., S. 264 ff.; Crome Bd. III, § 40; Flierl, die rechtliche Natur der Aneignung und Aufgabe (Erlanger Dissertation von 1924) S. 53 ff.; Hellmann, Vorträge über das B. G. B., allgem. Teil, S. 61; derselbe, zur Lehre von den Willenserklärungen in Jher. Jahrb. Bd. 42, S. 442; Hölder, Wesen der rechtswirksamen

Handlungen,[7] bald die Aneignung als Rechtshandlung und die Eigentumsaufgabe als Rechtsgeschäft,[8] bald wiederum beide als Rechtshandlungen[9] bezeichnet. Diese grenzenlose Meinungsverschiedenheit hat ihren Grund vor allem darin, daß der Begriff des Rechtsgeschäfts und seine Abgrenzung von den Rechtshandlungen noch heftiger umstritten ist; denn hierüber hat sich eine unübersehbare, recht verworrene und verwirrende streng theoretische Literatur entwickelt, von der nicht mit Unrecht behauptet wird, daß man „ihrem weiteren Wachstum nicht ohne Beängstigung entgegensehen kann".[10] Speziell wird sie aber durch zwei Kontroversen bedingt, die an die Eigenart der beiden Rechtsakte anknüpfen. Streit herrscht einmal darüber, ob bei der Aneignung das Willensmoment überhaupt zu berücksichtigen ist, andererseits darüber, ob diesem Willen, falls sein Vorhandensein zu bejahen ist, und dem Dereliktionswillen eine entscheidende rechtliche Bedeutung beizumessen ist.

Im Gegensatz zu dieser umfangreichen Behandlung unseres Problems durch die Literatur enthält sich die Rechtsprechung jeg-

---

Willenserklärung in Jher. Jahrb., Bd. 55, S. 445 ff.; derselbe, Willenstheorie und Erklärungstheorie in Jher. Jahrb. Bd. 58, S. 141 ff.; Jacobi, die Theorie der Willenserklärung S. 81; Kober in Staud. Komm. Bemerkung IV zu § 958, Bemerkung 3 zu § 959; Lorenz, Die Dereliktion und ihre Rechtsfolgen (Breslauer Dissertation von 1907), S. 37, S. 21; Manigk a. a. O., S. 532, S. 537 ff.; derselbe, das Anwendungsgebiet über die Vorschriften für die Rechtsgeschäfte S. 30; Matthiass, Bd. I S. 221 IV; Monich, Willenserklärung und Rechtsgeschäfte, S. 95 Anm. 116 in Verbindung mit S. 4; Rehbein, Bd. I S. 101; R. G. R. K. Bemerkung III zu § 958, Bemerkung I zu § 959; Fr. O. Schmidt, die Aneignung (Leipziger Dissertation von 1908) S. 14, S. 13 Note 18; Schneider, die Bedeutung der ausdrücklichen Willenserklärung und ihr Gegensatz zur Willensbetätigung im Archiv für bürgerl. Recht, Bd. 42 S. 288; Titze, das Rechtsgeschäft im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft S. 655; Wlassak, das Rechtsgeschäft und das Verhältnis des Willens zur Erklärung in der Allgem. Oesterr. Gerichtszeitung vom 1. 3. 1902, S. 72.

[7] Lenel, Stellvertretung und Vollmacht in Jher. Jahrb. Bd. 36 S. 4; Rümelin, das Handeln in fremden Namen im Arch. f. zivil. Pr. Bd. 93 S. 181.

[8] Auerbach, Merkmale und Bedeutung des Eigenbesitzes S. 32; Dittenberger a. a. O, S. 104, S. 114; Gierke, deutsches Privatrecht Bd. II S. 528, S. 524; Jsay, zur Lehre von den Willenserklärungen in Jher. Jahrb. Bd. 44 S. 46; Biermann, Bemerk. I a zu § 958, Bemerk. I zu § 959; Brodmann in Plancks Komm., Bemerk. II, Abs. 3 zu § 958, Bemerk. I b zu § 959; Cosack Bd. II, § 42; Ennecerus § 194; Fischer-Henle, Bemerk. IV zu § 959, Bemerk. zu § 959; Goldmann-Lilienthal, Bd. II § 23 Anm. 4; Kipp, Kritik über Dittenbergers Schrift in Zeitschr. f. d. gesamte Handelsrecht, Bd. 54 S. 609; Krebs, über Rechtshandlungen i. e. S. (Leipz. Diss. von 1906) S. 32, S. 23; R. Leonhard, Allg. Teil S. 259, S. 260; Oertmann, Vorbemerkung 4 vor § 104; Wolff, Bd. II, 1, § 7 I, 1.

[9] Eltzbacher, die Handlungsfähigkeit, S. 216 ff., S. 207; Kniep, der Besitz S. 93; Fink, die rechtliche Natur der Aufgabe des Eigentums (Bresl. Dissert. von 1904), S. 18 ff., S. 30 ff.

[10] Nußbaum, Theoreme und Wirklichkeit in den allg. Lehren d. bürgerl. Rechts im Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 42, S. 187.

licher Stellungnahme; abgesehen davon, daß sie es sich nicht ersparen konnte, eine (später zu erwähnende) Begriffsbestimmung des Eigenbesitzers zu geben, versucht sie nirgends eine Lösung des Problems. Diese höchst auffällige Tatsache erklärt sich daraus, daß ein Bedürfnis, in den Fällen der Aneignung und Eigentumsaufgabe gerichtlichen Schutz in Anspruch zu nehmen, kaum besteht, da beide Rechtsakte im Gegensatz zu den Verkehrsgeschäften nur selten zu einem Rechtsstreit Anlaß geben können. Aber nicht einmal um die Klärung des heiß umstrittenen Rechtsgeschäftsbegriffs hat sich die Rechtsprechung bemüht; bezeichnend hierfür ist die von Nußbaum[11] im Jahre 1916 gemachte Feststellung, daß er nur 4 Entscheidungen, darunter 3 des Reichsgerichts, habe ausfindig machen können, in denen der Begriff des Rechtsgeschäfts oder der Willenserklärung „als solcher" auftritt. Diese Tatsache ist aber nicht weiter verwunderlich; denn mit der Entscheidung, ob formell ein Rechtsgeschäft vorliegt oder nicht, ist, vom Standpunkt des Praktikers aus betrachtet, nicht viel gewonnen; vielmehr genügt ihm mit Rücksicht auf die gleichartige Behandlung der Rechtsgeschäfte und der geschäftsähnlichen Rechtshandlungen, auf die die Vorschriften über Rechtsgeschäfte — soweit es mit ihrem Wesen zu vereinbaren ist — analoge Anwendung finden, die Untersuchung der Frage, ob im konkreten Falle eine bestimmte Vorschrift aus dem Gebiete des Rechtsgeschäftes anwendbar ist; hierfür ist der Gesichtspunkt maßgebend, ob dem Willen des Handelnden eine entscheidende rechtliche Bedeutung zukommt.[12]

Wenn auch die praktische Bedeutung der Aneignung und Eigentumsaufgabe im Rechtsleben gering ist, so ist doch die Wissenschaft nicht der Aufgabe enthoben, im Interesse der terminologischen Klarheit genaue begriffliche Untersuchungen über deren Wesen und Eigenart anzustellen, um die Rechtsnatur der beiden Rechsakte ergründen zu können.

Schließlich ist noch hervorzuheben, daß es überflüssig ist, in diesem Rahmen auch die Aneignung und Eigentumsaufgabe von Grundstücken (§ 928 Abs. 2 und 1 B. G. B.) zu betrachten, da allgemein anerkannt ist, daß sie Rechtsgeschäftsqualität besitzen; auf ihre Behandlung kann daher verzichtet werden.

---

[11] a. a. O. S. 189 ff.

[12] So auch Nussbaum a. a. O. S. 191 und der dort zitierte v. Thur, Bd. II, 1, S. 360 (vom Standpunkt des Praktikers aus betrachtet).

I. Abschnitt.

Die juristischen Handlungen.

§ 2.

Der Begriff des Rechtsgeschäfts und der Willenserklärung.

Vorbedingung für die Ergründung der rechtlichen Natur der Aneignung und Eigentumsaufgabe ist es, den Begriff des Rechtsgeschäfts und der Rechtshandlung klarzustellen. Der Rechtsgeschäftsbegriff hat so viele Streitfragen heraufbeschworen, daß es fast ins uferlose ginge, wenn man sie alle näher verfolgen wollte. Daher ist es zweckmäßig, daß wir uns auf das beschränken, was zur Gewinnung der einzelnen Merkmale des Rechtsgeschäftsbegriffes erforderlich ist, und die Erörterung solcher Fragen, die für die Bestimmung der Rechtsnatur der Aneignung und Eigentumsaufgabe bedeutungslos sind, nach Möglichkeit vermeiden.

Der erst verhältnismäßig junge Rechtsgeschäftsbegriff[1] war schon vor der Entstehung des B. G. B. heftigst umstritten. Dadurch, daß das B. G. B. sich den Kunstausdruck „Rechtsgeschäft" zugeeignet und diesen Begriff zu einem gesetzlichen gestaltet hat, ist der bisherige Zustand zwar verbessert, aber nicht beseitigt worden, da das B. G. B., um dem Meinungsstreite aus dem Wege zu gehen, sich jeder Legaldefinition des Rechtsgeschäfts enthalten hat. Aufgabe der Rechtswissenschaft ist es daher, aus den Rechtsnormen, die im gewissen Umfange den dem Gesetz zugrunde liegenden Rechtsgeschäftsbegriff widerspiegeln, die zur Gewinnung seiner Begriffsbestimmung notwendigen Anhaltspunkte herauszufinden.

Wenn man nun der Frage, was denn das B. G. B. unter dem Rechtsgeschäftsbegriff verstanden wissen will, nähertritt, so zeigt sich, daß die vollkommen willkürliche Verwendung des Rechtsgeschäfts- und Willenserklärungsbegriffs seitens des Gesetzgebers[2] der Klärung des Begriffes hinderlich ist. Mag man auch mit der wohl herrschenden Lehre das Hauptelement des Rechtsgeschäfts in

---

[1] Die Wissenschaft hat den Begriff erst zu Beginn des vorigen Jahrhunderts entwickelt.

[2] Die von den Motiven (Bd. I S. 126) gemachte Unterscheidung, „daß der Ausdruck Willenserklärung dann gewählt sei, wenn diese im Vordergrund stehe oder wenn lediglich die Willenserklärung als Bestandteil eines rechtsgeschäftlichen Tatbestandes in Frage komme", ist im Gesetzestext selbst unberücksichtigt geblieben.

der Willenserklärung erblicken — ein Standpunkt, den die Motive (Bd. I S. 126) bereits anerkennen, indem sie die Willenserklärung als „der Regel nach gleichbedeutend mit dem Rechtsgeschäft" bezeichnen —, so besteht doch zwischen beiden Begriffen insofern ein Unterschied, als das Rechtsgeschäft die fertige juristische Tatsache, den Tatbestand in seiner Gesamtheit[3] darstellt, die Willenserklärung dagegen einen rechtserzeugenden Vorgang bildet, der entweder für sich allein oder im Zusammenhang mit anderen Voraussetzungen Rechtswirkungen hervorrufen kann.[4] Da demnach jedes Rechtsgeschäft entweder ein (aus mehreren kongruenten Willenserklärungen bestehender) Vertrag oder ein einseitiges Rechtsgeschäft ist,[5] so drängt sich uns die Frage auf, ob es denn nicht auch Rechtsgeschäfte gibt, bei denen nicht einmal eine Willenserklärung wesentliches Tatbestandsmerkmal ist. Die Beantwortung dieser Frage ist jedoch von der weiteren Frage, worin denn das Wesen der Willenserklärung besteht, abhängig; das Rechtsgeschäftsproblem ist also nichts anderes als ein Willenserklärungsproblem.[6]

Es kann nicht mehr zweifelhaft sein, daß der Begriff der Willenserklärung, nachdem Manigk die Unanfechtbarkeit der allein richtigen „Extraktionsmethode" nachgewiesen hat,[7] aus dem Gesetz selbst abgeleitet werden muß.[8] Die so gefundene Begriffsbestimmung muß daher, wenn bei der Durchführung dieser Methode im einzelnen richtig vorgegangen wird, richtig sein.

Die Willenserklärung setzt sich aus untrennbar verbundenen objektiven und subjektiven Elementen zusammen. Als objektives Element zeigt sich die Aeußerung des Willens, die Willens**erklärung**, deren Existenz erfreulicherweise das überhaupt ein-

---

[3] Falls das Zustandekommen des Rechtsgeschäfts noch von anderen (objektiven oder subjektiven) Voraussetzungen als der Abgabe der Willenserklärung abhängig ist, liegt ein zusammengesetzter Tatbestand vor; vergleiche dazu R. G. R. K. Vorbemerkung 4 vor § 104.

[4] Vergl. R. G. R. K., Vorbemerkung 4 vor § 104; Witalinski a. a. O. S. 12 ff.

[5] Vergl. J. Breit, a. a. O. S. 95 ff.

[6] Siehe J. Breit, a. a. O. S. 112 ff.

[7] W. E. und W. G. S. 9 ff., S. 17 ff., S. 178 ff. A. M. ist Schlossmann, Willenserklärung und Rechtsgeschäft S. 14, dessen Angriffe bereits Rebitzki, Ungewollte Willenserklärungen (Königsberger Dissertation von 1911) S. 9 widerlegt hat.

[8] So auch im Gegensatz zu den von Manigk W. E. und W. G. S. 9 ff. zitierten: Binder, Wille und Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäfts im Archiv f. Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Bd. V, S. 424; Rebitzki a. a. O. S. 22 ff.; Stöver, Einigung im Sachenrecht im Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 26, S. 161; Struck, die Willenserklärung im Sinne des B. G. B. (Erlanger Dissertation von 1916) S. 3; Witalinski a. a. O. S. 20 ff.

zig unbestrittene ist. Es ist klar, daß aber nicht jede menschliche Willensäußerung eine Willenserklärung im juristischen Sinne sein kann. Die Erklärung muß daher in einer mehr oder weniger nahen Beziehung zur Rechtsordnung stehen, um als juristische Willenserklärung gelten zu können. Worauf nun der der Erklärung zugrunde liegende Wille[9] gerichtet sein muß, ist bestritten. Von einer Seite wird behauptet, die Erklärung bezeichne einen auf die Rechtsfolge gerichteten Willen als vorhanden — diese von den meisten Autoren vertretene Ansicht nennt man Rechtsfolgetheorie —, während die Grundfolgetheorie die Aeußerung eines auf einen wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Erfolg gerichteten Willen genügen läßt. Letztere Theorie,[10] der m. E. auch Manigk angehört,[11] obwohl er den Wirtschaftserfolg „stets als auf dem Boden des Rechts eintretend gewollt"[12] ansieht, macht geltend, daß bei den meisten Rechtsgeschäften selten an die Rechtsfolgen gedacht werde und daher nur ein Bindungserfolg wirtschaftlicher, gesellschaftlicher oder anderer Art gewollt sei. Während die meisten es bei dieser Feststellung bewenden lassen, ohne ihre Stellungnahme hinreichend zu begründen,[13] läßt sich Breit[14] hierüber näher aus; er argumentiert etwa folgendermaßen: Wenn Käufer und Derelinquent die Rechtsfolgen, den Erwerb und Verlust des Eigentums, wollten, so müßte ihnen doch geradezu das Wort „Eigentum" zu Bewußtsein kommen, „da dem Worte ja nicht eine irgendwie vorstellbare Erscheinung korrespondiert". Dies sei aber regelmäßig nicht der Fall. Wenn man andererseits juristische Wirkungen auch immerhin wollen könne, so dürfe doch deswegen nicht verkannt werden, daß der Wille des Käufers und Derelinquenten, wenn diese sich des Rechtserfolges bewußt werden, bereits jenseits des für das Rechtsgeschäft notwendigen Willens liegen. Dieser Auffassung, die

---

[9] Ob jener erklärte Wille tatsächlich vorhanden ist, bleibt einstweilen dahingestellt.

[10] Vertreten wird sie besonders von: J. Breit a. a. O. S. 127 ff.; Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte S. 7 ff.; derselbe, zu Jsay, Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäftes in Krit. Viert. Schrift, Bd. 42 S. 36 ff.; Ehrlich, Die stillschweigende Willenserklärung S. 1 ff.; Fink a. a. O. S. 16; Hölder in Jher. Jahrb. Bd. 55, S. 425 und in Jher. Jahrb. Bd. 51 S. 123; Jsay, Die Willenserklärung . . . S. 82; Lenel, zu Bülow, Das Geständnisrecht in Krit. Viert. Schrift Bd. 42, S. 572; Schlossmann a. a. O. S. 34, S. 36 ff.

[11] So auch Henle a. a. O. S. 33, S. 275; Oertmann, I. Bd. S. 435, A. A.: Wedemeyer, Der Abschluß eines obligatorischen Vertrages durch Erfüllungs- und Aneignungshandlungen S. 49 Note 4.

[12] Anwendungsgebiet S. 81.

[13] Gegen diese vor allem Henle, a. a. O., S. 267 ff.

[14] A. a. O. S. 124.

darin gipfelt, daß eine Rechtsfolge nur dann gewollt sein kann, wenn man sich ihrer juristischen Konstruktion bewußt ist, läßt sich jedoch nicht aufrecht erhalten. Wollte man tatsächlich verlangen, daß der Laie sich alle möglichen rechtlichen Wirkungen des Rechtsgeschäftes juristisch vorstelle — ein Verlangen, das „natürlich gänzlich sinnlos"[15] wäre —, dann wären, wie Kreß[16] mit Recht hervorhebt, „die Kunstbegriffe und Kunstgeschäfte des bürgerlichen Rechtes für den Verkehr unbrauchbar"; da aber der Verkehr auf die juristischen Kunstausdrücke nicht verzichten kann, so muß ein laienmäßiges Verständnis für den Rechtserfolg genügen.[17] Durch die Hineintragung des laienmäßigen Verständnisses wird die Richtung der Willenserklärung auf den R e c h t s erfolg keineswegs beeinträchtigt.

Breit sucht sich jedoch durch einen weiteren Einwand zu rechtfertigen.[18] Das Bestreben mancher Rechtsfolgetheoretiker, die dem Handelnden unbekannten Rechtsfolgen gleichwohl als gewollt anzusehen, führe zu der Annahme der Existenz eines unbewußten Wollens. Da aber das Wollen voraussetze, daß man sich dessen bewußt gewesen sei, so operiere man mit einer Fiktion. Obwohl demnach zuzugeben sei, daß der Handelnde die Rechtsfolgen nicht gewollt haben müsse, so sei doch an dem Erfordernis des rechtsgeschäftlichen Willens überhaupt festzuhalten. „Das, worauf es allein ankommt, ist doch die Erkenntnis, daß immer im normalen Fall — der Okkupant, der Käufer usw. eben das wollen muß, was etwa der Spezifikant beim Eigentumserwerb nicht zu wollen braucht."[19]

Es könnte fast scheinen, als ob dieser Einwand Breits berechtigt sei. Aber in demselben Maße ließe er sich dann den Grundfolgetheoretikern, die es auf den wirtschaftlichen oder sozialen Zweck abstellen, entgegenhalten; denn der Kaufmann, der seinem Kunden Waren verkauft, wird sich nicht immer darüber klar sein, daß er einen wirtschaftlichen oder anders gearteten Zweck wollen muß. Scheinbar hat Breit schon gefühlt, daß er seinen Gegnern diese Angriffsmöglichkeit böte, wenn er sich auf wirtschaftliche oder sonstige bestimmte Normen berufen würde; er weist darauf hin, daß man auf die Frage, welchen Inhalt der Wille haben müsse, eine für alle Fälle passende Formel nicht finden könne, da das Leben viel

[15] So Henle a. a. O. S. 292.
[16] Besitz und Recht S. 138 ff.
[17] Aehnlich Witalinski, a. a. O. S. 14.
[18] a. a. O. S. 130 ff.
[19] a. a. O. S. 131 ff.

zu fein gestaltet sei. Die hieraus gezogene Konsequenz, es sei Sache des Richters, im einzelnen Falle festzustellen, ob der Wille des Handelnden zum Rechtserfolg genüge oder nicht,[20] bringt ihn der Lösung aber keineswegs näher, da er dem Richter kein ausreichendes Unterscheidungsmerkmal an die Hand gibt. Als solches kann auch nicht die Charakterisierung des Willens als „das psychologische Korrelat der typischen Rechtsform," hinter dem sich wohl ein „Beinahe-Rechtserfolgswille"[21] verbergen dürfte, angesehen werden. Den geschäftlichen Willen dessen, der sich der Rechtsfolge nicht bewußt ist, scheint Breit als ein derartiges „Korrelat" gelten lassen zu wollen.

Aber Breits Auffassung, daß der rechtsgeschäftlich Handelnde sich der Rechtsfolge nicht bewußt zu werden brauche und daher den Rechtserfolg nicht wollen könne, kann nicht gebilligt werden. Um ein sogenanntes unbewußtes Wollen des Rechtserfolges, (das ein Widerspruch in sich selbst wäre), handelt es sich in Wirklichkeit nicht, vielmehr nur um ein unklares Bewußtsein.[22] „Abgestumpftsein des Bewußtseins nimmt den Charakter des Gewolltseins nimmermehr".[23] Damit erledigen sich die Angriffe Breits gegen die Rechtsfolgetheorie.

Ein wichtiger Einwand gegen die Grundfolgetheorie sei noch gestattet; durch die Aufstellung eines anderen wie des rechtlichen Bindungsmomentes wird die juristische Willenserklärung von der nichtjuristischen nicht scharf genug abgegrenzt[24]. Manche Erklärung, die bei Befolgung der Rechtsfolgetheorie sich als rechtlich unbeachtlich herausstellen würde, wird so zu einer juristischen gestempelt. Erwägt man nun, daß das Gesetz selbst die Richtung der Erklärung auf den Rechtserfolg z. B. in den §§ 929, 959 B. G. B. verlangt, daß ferner die Motive (Band I S. 126) das Rechtsgeschäft als „Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges", definieren, so kann man sich der Erkenntnis nicht verschließen, daß der Standpunkt der Rechtsfolgetheorie, die Willenserklärung richte sich auf einen Rechtserfolg, richtig ist.[25]

[20] Zum folgenden Breit S. 133.

[21] So Henle a. a. O. S. 275.

[22] So Henle a. a. O. S. 293 ff. Monich, a. a. O. S. 242 ff. R. G. R. K. Vorbemerkung I vor § 104; Titze, a. a. O. S. 655; Witalinski a. a. O. S. 15.

[23] Henle, a. a. O. S. 294.

[24] So auch Henle, a. a. O. S. 280; Witalinski a. a. O. S. 15.

[25] So auch Crome, Bd. I § 74; Dernburg, Bd. I § 107, II; Dittenberger a. a. O. S. 13 ff. Note 4; Eltzbacher a. a. O. S. 148 ff.; Endemann, Bd. I § 60, 3; Enneccerus, § 136 II; Flad in Plancks Kommentar Vorbemerkung I, I a vor

Die stark umstrittene, aber mit Rücksicht auf die gleichmäßige Behandlung der Willenserklärung und Willensbetätigung als Rechtsgeschäft praktisch bedeutungslose Frage, ob zwischen diesen beiden Begriffen ein Unterschied besteht, läßt sich erst beantworten, wenn über die subjektiven Erfordernisse der Willenserklärung Klarheit besteht. Daher sei zunächst auf letztere eingegangen. Zweifelhaft erscheint es, ob die Aeußerung eines auf die Rechtsfolge gerichteten Willens allein genügt, um als Willenserklärung im Rechtssinne bezeichnet werden zu können, oder ob noch andere subjektive Elemente hinzukommen müssen. Unbestritten ist, daß stets ein auf die Vornahme der Handlungen gerichteter unmittelbarer Wille, der Handlungswille, vorhanden ist; fehlt dieser Wille — das ist bei einer durch vis absoluta erzwungenen Erklärung der Fall —, so liegt eine juristische Willenserklärung gar nicht vor.[26] Aber noch ein anderer unmittelbarer Wille, der auf die Kundgebung der Erklärung gerichtete sogenannte Kundgebungswille, wird von vielen verlangt,[27] dessen begriffliche Notwendigkeit jedoch von noch mehr Autoren in Abrede gestellt wird. Schloßmanns Bedenken gegen die Annahme eines Kundgebungswillens,[28] den er als den Willen, überhaupt „etwas" kundzugeben, charakterisiert, können von uns nicht geteilt werden, da er die Lehre Manigks vom Kundgebungszweck mißverstanden hat.[29] Da allgemeine Erwägungen, die für oder gegen das Erfordernis des Kundgebungswillens sprechen könnten, unbeachtlich sind, vielmehr nur der Gesetzestext zur Lösung dieser Frage herangezogen werden darf, so muß die Extraktion des Kundgebungszwecks aus den Normen des B. G. B., insbesondere den §§ 116 ff.,

---

§ 104, Vorbemerkung 1 vor § 116; Henle, a. a. O. S. 29 ff, S. 265 ff.; ten Hompel, Der Verständigungszweck im Recht, S. 15, S. 114 ff.; Jacobi, a. a. O. S. 16 ff.; Kress, a. a. O. S. 137 ff.; Matthiass Bd. I § 46; Monich, a. a. O. S. 18 ff., S. 24; Rebitzki, a. a. O., S. 46; Riezler in Staudingers Komm. Vorbem. II, 4 vor § 104; Stöver, a. a. O., S. 154; Struck, S. 29 ff.; Titze, a. a. O., S. 655; v. Thur, Bd. II, 1, S. 168 ff.; Witalinski a. a. O. S. 13 ff.

[26] Das wurde bisher nur von Danz in der Krit. Viert. Schrift Bd. 42 S. 36 bestritten; später freilich richtig: Auslegung S. 16 Anm. 1.

[27] So M. Breit, Die Willenserklärung als Aeußerung . . . in den Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts, 25. Jahrgang, S. 3; Eltzbacher, a. a. O., S. 135 ff., S. 140; Flad in Plancks Komm. Vorbem. vor § 116; Hellmann in Jher. Jahrb., Band 42, S. 413 ff.; Klein, a. a. O., S. 143; Leonhard, Allgem. Teil S. 256; Manigk W. E. W. G. S. 305 ff.; Monich, a. a. O., S. 24; Rebitzki, a. a. O., S. 58 ff.; Schneider im Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 42, S. 277; Struck, a. a. O., S. 11 ff.; Wendt, im Arch. zivil. Praxis, Bd. 92, S. 238; Witalinski, a. a. O., S. 19 ff.

[28] a. a. O., S. 19; ebenso Hölder in Jher. Jahrbüch., Bd. 54, S. 432 und Jher. Jahrb., Bd. 58, S. 112.

[29] Gegen ihn bereits Henle a. a. O., S. 137 sowie der dort (Note 37) zitierte Manigksche Aufsatz; ferner Rebitzki S. 60 ff.

versucht werden. Daß aus dem § 116 auf das Vorhandensein des Kundgebungszwecks geschlossen werden kann, läßt sich nicht im entferntesten leugnen; denn da die Erklärung „Täuschungsmittel" ist, so muß sie selbst zunächst gewollt sein.[30] Auch in den §§ 117, 118 B. G. B. läßt sich der Kundgebungswille nachweisen. Wenn Manigk bezüglich der Mentalreservation meint: „um Dritte zu täuschen, wird der Kundgebungszweck dem Gegner gegenüber dienstbar", und auch bei der Scherzerklärung sei die Kundgabe „irgend eines geschäftlichen Willens" beabsichtigt,[31] so ist ihm ohne weiteres zuzustimmen;[32] denn im ersteren Falle wird der Erklärende die Erklärung nur deshalb in den Wahrnehmungsbereich des Erklärungsgegners bringen, um dadurch Dritte zu täuschen; im zweiten Fall will er durch seine Erklärung die Vorstellung des Gegners selbst beeinflussen. Aus § 119 dagegen läßt sich m. E. nichts, was zugunsten des Kundgebungszwecks sprechen könnte, herleiten. Es wäre falsch, wenn man schon aus dem Worte „Abgabe" einer Willenserklärung auf den Kundgebungszweck schließen wollte[33]; dem Sinn des Gesetzes entsprechend soll hier auch die sogenannte fahrlässige Willenserklärung, bei der der Wille, gerade das tatsächlich Erklärte kundzugeben, stets fehlt, geschützt werden.[34] Dasselbe läßt sich aber auch gegen die Folgerung eines Kundgebungszwecks aus den §§ 120, 123 anführen. Die Heranziehung weiterer Paragraphen erübrigt sich, da die bereits behandelten zur Genüge die Unmaßgeblichkeit des Kundgebungswillens erkennen lassen. Dieser Auffassung hat daher die Wissenschaft mit Recht den Vorzug gegeben.[35]

Hingewiesen sei in diesem Zusammenhang noch auf den von Struck[36] erhobenen Vorwurf, daß diejenigen, die den Kundgebungs-

---

[30] So Manigk W. E. und W. G., S. 179; ferner Henle a. a. O., S. 142 ff.; Struck, a. a. O., S. 14; Witalinski, a. a. O. S. 20.

[31] Manigk, a. a. O., S. 189; ferner Struck a. a. O., S. 14; Witalinski, a. a. O., S. 20.

[32] Die Polemik Henle's gegen Manigk a. a. O., S. 143, besonders Note 55, entbehrt jeder Grundlage, da sein Erklärungswille ein umfassenderer Begriff als Manigks Kundgebungszweck ist.

[33] So früher Manigk W. E. und W. G., S. 184, ebenso Struck.

[34] So jetzt auch Manigk, Irrtum und Auslegung, S. 112; ebenso Henle, a. a. O., S. 144 ff.; Witalinski, a. a. O., S. 21.

[35] So z B. Binder, a. a. O., S. 439; Henle, a. a. O., S. 152; Hölder in Jher. Jahrbüch., Bd. 55, S. 436 und Jher. Jahrbüch., Bd. 58, S. 105 ff.; Jacobi a. a. O., S. 31, S. 52 ff.; Jacobsohn, Die Anfechtung stillschweigender Willenserklärungen in Jher. Jahrbüch., Bd. 56, S. 367; Rümelin, a a. O., S. 176; Schlossmann, a. a. O., S. 19; Tietze, a. a. O., S. 655; Wedemeier, a. a. O., S. 58; Wlassak, a. a. O., S. 72.

[36] a. a. O., S. 18.

willen leugnen, durch die Aufstellung der fahrlässigen Willenserklärung dazu gelangen, ein äußeres Verhalten ohne jeden Kundgebungswillen als Willenserklärung aufzufassen. In der Tat wird auch, um ein Beispiel zu nennen, in dem Jsayschen Beispiel von der Weinversteigerung,[37] bei der jemand die Hand erhebt, um einen Freund herbeizuwinken, während der Auktionator glaubt, der die Hand hebende biete, wie üblich, 100 Mark mehr als der letzte Bieter, von den meisten eine Willenserklärung gefunden.[38] Eine Willenserklärung liegt aber gar nicht vor, nicht etwa, weil hier, wie Struck und Manigk[39] meinen, der Kundgebungswille fehlt, sondern weil, wie Binder unter Berufung auf Hölder (der Inhalt der Willenserklärung, Dekanatsprogramm, 1911, S. 10 ff.) hervorhebt,[40] die Frage der Existenz der Willenserklärung ebenso eine Auslegungsfrage im Sinne von § 133 B. G. B. ist wie die nach dem Inhalt[41] und daher weder ein „Verhalten von objektivem Erklärungswert" vorliegt[42] noch der Rechtserfolgswille vorhanden ist.

Damit gelangen wir aber zu einer weiteren Streitfrage. Von den weitaus meisten Autoren wird noch ein entfernterer mittelbarer auf den Eintritt der Rechtswirkungen gerichteter Wille, der entweder als Rechtserfolgswille oder Grundfolgewille modifiziert wird, gefordert.[43] Im Gegensatz zu dieser sogenannten subjektiven Theorie behauptet die objektive Theorie — mit dieser Unterscheidung hat der Streit um die Willens- und Erklärungstheorie, der sich auf die Wirksamkeit, nicht dagegen auf den Tatbestand der Willenserklärung bezieht, nichts zu tun —, daß die äußeren Umstände für das Vorhandensein einer Willenserklärung genügen, wenn die äußeren Umstände den Rückschluß auf einen Rechtserfolgs- oder Grunderfolgswillen zulassen.[44] Welcher von diesen beiden An-

[37] Die Willenserklärung . . . S. 25.

[38] So von: Jsay, a. a. O., S. 25; Henle, a. a. O., S. 141; Jacobi, a. a. O., S. 50.

[39] W. E. und W. G., S. 54.

[40] a. a. O., S. 439 ff.

[41] Das gibt auch Struck a. a. O., S. 48 zu.

[42] So Binder a. a. O. S. 439, der sich in diesem Zusammenhang zur objektiven Theorie bekennt.

[43] So sämtliche in der Note 10 und 25 dieses Paragraphen genannten Autoren mit Ausnahme der in der folgenden Note zitierten; ferner Landsberg, Das Recht des B. G. B., S. 54, S. 187 ff.; Klein, a. a. O., S. 8; Manigk, W. E. und W. G., S. 188; Oertmann, Vorbemerk. 9 vor § 104; R. G. Z., Bd. 68, S. 324 ff.

[44] So Binder, a. a. O., S. 439; Danz, a. a. O., S. 14 ff.; Flad in Plancks Komm. Vorbemerkung I vor § 116; Henle, a. a. O., S. 135 ff.; Hölder in Jher. Jahrb., Bd. 55, S. 428 ff.; Jacobi, a. a. O., S. 11, Note 1, S. 13 ff., S. 32, S. 49 ff.; Jacobsohn, a. a. O., S. 348 ff., S. 367; Jsay, a. a. O., S. 24 ff.; Lenel in Krit. Viert. Schrift, Bd. 42, S. 571 ff.; Schlossmann, a. a. O., S. 15 ff.; Struck, a. a. O., S. 34 ff.; Wedemeyer, a. a. O., S. 125 ff.; Wendt, im Arch. f. zivil. Praxis, Bd. 92, S. 238 ff.

sichten der Vorzug gebührt, läßt sich nicht ohne weiteres bestimmen, ist aber auch für die Bestimmung der Rechtsnatur der Aneignung und Eigentumsaufgabe belanglos. Beide Richtungen leiten die Richtigkeit ihrer Ansicht aus dem Gesetz her — die objektive Theorie nimmt für sich besonders die §§ 116 bis 118 B. G. B., bei denen der Rechtserfolgswille nicht vorhanden ist, in Anspruch, die subjektive begründet die Erforderlichkeit des Rechtserfolgswillens besonders aus § 119 B. G. B. —, aber beide können nicht die Richtigkeit ihrer Ansicht aus den von der Gegenansicht in Anspruch genommenen Gesetzesnormen herleiten. So ist es denn verständlich, daß sich beiderseits eine gemäßigte Richtung herauskristallisiert hat, die sich in dem wesentlichen Punkt sogar berührt, so daß, von diesem Gesichtspunkt aus betrachtet, die Meinungsverschiedenheit zu einem reinen Wortstreit geworden ist. Wenn auch regelmäßig der Rechtserfolgswille vorhanden ist, so läßt man doch als Begriffsmerkmal der Willenserklärung das Bewußtsein jemandes, daß aus seinem Verhalten auf den Rechtserfolgswillen geschlossen werden können, durchweg genügen.[45] Da diese Auffassung mit den Gesetzesnormen durchaus im Einklang steht, so verdient sie allein Billigung. Daraus ergibt sich, daß der von der objektiven gegenüber der subjektiven Theorie gemachte Vorwurf, sie erkenne das das B. G. B. beherrschende Prinzip des Vertrauensschutzes demjenigen gegenüber, der auf die nur objektiv vorhandene Willenserklärung vertraue, nicht an[46], gegenstandslos wird, sobald man die subjektive Theorie in gemäßigter Form gelten läßt.[47] Die hier angeknüpften Rechtsfolgen treten, wie Witalinski betont, ein, „gleich als ob eine, wenn auch fehlerhafte, so doch tatsächlich vorhandene Willenserklärung vorläge";[48] um eine Fiktion, die den unvollkommenen Tatbestand ergänzen will, damit die Rechtsfolgen der Willenserklärung eintreten können, handelt es sich jedoch nicht. Daher steht nichts im Wege, daß wir uns der subjektiven Theorie anschließen.

Damit sind die Begriffsmerkmale der Willenserklärung gewonnen. Die Willenserklärung ist also eine auf den Rechtserfolg

[45] So z. B. auf Seiten der subjektiven Theorie: Manigk, Irrtum und Auslegung, S. 96 ff.; Witalinski, a. a. O., S. 18. Auf Seiten der objektiven Theorie: Jacobi, a. a. O., S. 13 ff.; Jsay, a a. O., S. 26; W. Schmidt, Die Eigentumsaufgabe nach bürgerl. Recht (Breslauer Dissertation von 1906) S. 36.

[46] Henle, a. a. O., S. 134, S. 144; Struck, a. a. O., S. 40 ff. Hiergegen wendet sich Rebitzki a. a. O., S. 76, ohne jedoch überzeugende Gründe vorzubringen.

[47] So auch Manigk, a. a. O., S. 111, S. 115.

[48] Witalinski, a. a. O., S. 18.

gerichtete Willensäußerung, die den Handlungswillen sowie den Rechtserfolgswillen oder wenigstens das Bewußtsein, daß aus der Willensäußerung auf den Rechtserfolgswillen geschlossen werden kann, voraussetzt. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, daß die Hervorhebung des Handlungswillens sich erübrigt, da er naturnotwendig der Erklärung vorangeht.

Es fragt sich nunmehr, in welchem Verhältnis die Willenserklärung zum Rechtsgeschäft steht. Darüber besteht kein Zweifel, daß nicht jede Willenserklärung schon ein Rechtsgeschäft ist. Dies trifft freilich dann zu, wenn die Willenserklärung einziges Tatbestandsstück des Rechtsgeschäfts ist; dagegen ist die Vertragsofferte, die zweifellos eine Willenserklärung ist, kein Rechtsgeschäft. Erst durch das Hinzutreten eines weiteren Tatbestandsmerkmals, der Vertragsannahme, entsteht das Rechtsgeschäft. Bedenken könnten jedoch darüber entstehen, ob es nicht auch Rechtsgeschäfte gibt, die keine Willenserklärung enthalten. Diese Frage wird von den Autoren, die den Begriff „Willensbetätigung" oder „Willensgeschäft" für unentbehrlich halten, bejaht. Durch die Forderung des Kundgebungszwecks sind diese genötigt, für die Willensäußerung, bei der die Begriffsmerkmale der Willenserklärung mit Ausnahme des Kundgebungswillens vorhanden sind, diese Begriffe aufzustellen. Da aber aus dem Gesetz, wie sich gezeigt hat, der Kundgebungswille nicht gefolgert werden kann, so besteht zwischen diesen Begriffen, d. h., falls zum Tatbestand nur der Kundgebungswille fehlt,[49] und der Willenserklärung überhaupt kein Unterschied. Eine solche Unterscheidung ist nicht nur überflüssig, sondern zwingt auch jene Autoren, hinsichtlich der nichtempfangsbedürftigen Willenserklärungen, bei denen der Kundgebungswille nicht vorhanden ist, zu einer Fiktion ihre Zuflucht zu nehmen. So faßt Manigk diese Willenserklärungen als „unbestimmt adressierte Willenserklärungen" auf, die „entweder an unbestimmte Einzelpersonen oder an eine Mehrheit bezw. ganze Gruppe von Beteiligten gerichtet sind."[50] Andererseits muß Manigk dort, wo sogar der „Schein einer Zugangsvermittlung"[51] fehlt, einen besonderen Begriff, bei dem er von dem Erfordernis der Erklärung absah und den Schwerpunkt der Rechtswirkungen in den Erfolgswillen verlegte, den Willensgeschäftsbegriff, konstruieren. Auf

---

[49] Der Ausdruck „Willensbetätigung" ist nicht bei allen Autoren in demselben Sinne zu verstehen.

[50] So W. E. und W. G., S. 243; ferner S. 305 ff. a. M. Witalinski, a. a. O., S. 23.

[51] W. E. und W. G., S. 333.

solche allzu gekünstelte Konstruktionen kann daher verzichtet werden, wenn man den Kundgebungszweck aus dem Begriff der Willenserklärung eliminiert. Aber noch eine weitere Frage taucht auf, wenn man den Begriff des Willensgeschäftes anerkennen will. Es könnten nämlich Zweifel darüber entstehen, ob dieses Gebilde Anspruch darauf erheben darf, als Rechtsgeschäft angesehen zu werden. Derartige Bedenken hat tatsächlich Dittenberger erhoben unter dem Hinweis, daß die Willensgeschäfte keine Willenserklärungen seien und daher zu den Rechtshandlungen gezählt werden müßten.[52] Diesen Bedenken ist man aber nicht ausgesetzt, wenn man nicht mit dem „unhaltbaren Begriff des Willensgeschäfts"[53] operiert. Erwähnt sei noch, daß nicht nur das Gesetz, sondern auch die Rechtsprache des 19. Jahrhunderts, die Motive und die Protokolle, denen ein Unterschied zwischen Willenserklärung und Willensbetätigung unbekannt ist, zu Ungunsten des Kundgebungswillens sprechen.[54] Daher ist unter Rechtsgeschäft eine auf dem Eintritt eines Rechtserfolges gerichtete Willensäußerung, die den Rechtserfolgswillen oder wenigstens das Bewußtsein voraussetzt, daß aus der Aeußerung auf das Vorhandensein des Rechtserfolgswillens geschlossen werden kann, zu verstehen.

§ 3.

Der Begriff der Rechtshandlung.

Zu den Rechtshandlungen gehören alle dem Privatrecht angehörenden, erlaubten[55] juristischen Handlungen, die nicht Rechtsgeschäfte sind. Da dem B. G. B. der Ausdruck und der Begriff „Rechtshandlung" fremd ist und daher hierfür keine Gesetzesvorschriften bestehen, so erscheint es fraglich, unter welchem rechtlichen Gesichtspunkt die Rechtshandlungen zu behandeln sind.

Um die ihrer Natur nach verschiedensten juristischen Handlungen, die hierher gehören und so verschiedenartig sind, daß eine einheitliche Behandlung nicht angängig erscheint, juristisch erfassen zu können, hat man eine Einteilung der Rechtshandlungen in gewisse Kategorien vorgenommen[56]. Hiervon interessieren besonders zwei

[52] a. a. O., S. 50 ff.; ebenso Fink, a. a. O., S. 23 ff.; dagegen Manigk, W. G. und W. E., S. 640 ff.; Witalinski, a. a. O., S. 25.

[53] Titze, a. a. O., S. 655.

[54] So Dernburg, Bd. I, § 106; Enneccerus, § 136 II.

[55] Dittenberger zählt auch die unerlaubten Handlungen zu den Rechtshandlungen.

[56] So Dittenberger, a. a. O., S. 44 ff.; Eltzbacher, a. a. O., S. 121 ff., S. 176 ff.; Enneccerus, § 128 III; Klein, a. a. O., S. 1 ff.; Manigk, W. E. und W. G., S. 650 ff.; v. Thur, Bd. II, 1 § 48.

streng voneinander geschiedene Gruppen, die für die Einreihung der Aneignung und Eigentumsaufgabe von Bedeutung werden könnten. Bei der einen Gruppe wird der Rechtserfolg an einen durch eine Handlung bewirkten äußeren Erfolg geknüpft, ohne daß an den Willen des Handelnden irgendwelche Anforderungen gestellt werden. Da sich hier der Tatbestand in einer „rein äußeren Handlung" erschöpft, so pflegt man diese Gruppe „rein äußere Handlungen" zu nennen[57]. Mit den Rechtsgeschäften hat diese Art der Rechtshandlungen nicht das geringste gemeinsam; daher sind die Vorschriften über Rechtsgeschäfte, insbesondere die Geschäftsfähigkeit, nicht — auch nicht analog — anwendbar[58].

Die zweite Gruppe kennzeichnet sich dadurch, daß die Handlungen die Aeußerung eines geistigen Vorganges, der in der Form eines Willens — oder eines Wissensmomentes auftreten kann, enthalten. Lediglich durch dieses Merkmal unterscheiden sich diese Handlungen von denen der ersteren Gruppe; sie rufen also den Rechtserfolg hervor, ohne daß der Wille, vorausgesetzt, daß der geistige Vorgang ein Wille ist, auf diese Rechtsfolge gerichtet zu sein braucht[59]. Da in diesen Fällen der Wille oder die Vorstellung regelmäßig einen rechtlichen Charakter hat und dem Rechtserfolgswillen ziemlich nahe kommt, so hält man allgemein eine analoge Anwendung der gesetzlichen Vorschriften über Rechtsgeschäfte für möglich[60]. Wie weit diese Vorschriften angewandt werden können und dürfen, richtet sich ganz nach dem Charakter der Rechtshandlung, nach seiner „Rechtsähnlichkeit"[61]. Wird jedoch im konkreten Fall dadurch, daß der in der Handlung erhebliche Wille erklärt wird oder ein Rechtserfolgswille getätigt wird, die Rechtsähnlichkeit mit dem Rechtsgeschäft noch so sehr vergrößert, so verwandelt sich die Handlung aber keineswegs in ein Rechtsgeschäft[62].

---

[57] Enneccerus a. a. O. nennt sie „Realakte"; hierher sind z. B. zu rechnen: Verarbeitung und Umbildung, Fund und Schatzfund (vergl. Klein, a. a. O., S. 29).

[58] So Enneccerus, § 128, III; Flad in Plancks Komm., Vorbemerk. I b b, vor § 104; Klein, a. a. O., S. 42; derselbe, Inwieweit sind die Vorschriften über Geschäftsfähigkeit (B. G. B. §§ 104 ff.) auf die „rein äußeren Handlungen" analog anwendbar? In Seuff. Bl. f. Rechtsanwendung, Bd. 76, S. 516; Manigk, a. a. O., S. 675 ff.

[59] So Witalinski, a. a. O., S. 27.

[60] Vergl. Eltzbacher, a. a. O., S. 183; Flad in Plancks Komm., Vorbemerk. I a a vor § 104; Klein, Die Rechtshandlungen i. e. S., S. 4 ff., S. 143; Nußbaum, Im Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 42, S. 190 ff.; Riezler, in Staudingers Komm. Vorbemerk. II vor § 104; v. Thur, Bd. II, 1 § 48 II, § 59 X.

[61] So Klein, Die Rechtshandlungen i. e. S., S 5.

[62] Vergl. Klein, Zur Lehre von den „Rechtshandlungen i. e. S." in Seuff. Blätt. f. Rechtsanwendung, Bd. 76, S. 117.

Damit ist das System der Rechtshandlungen i. e. S. hinreichend umgrenzt; die vielfach versuchte weitere Scheidung der Rechtshandlungen ist deshalb überflüssig, weil sie „nicht von der Notwendigkeit entbindet, die anzuwendenden Gesetzesvorschriften auf ihren besonderen Zweck zu betrachten und davon die Entscheidung abhängig zu machen"[63].

II. Abschnitt.

§ 4.

Allgemeines über den Eigenbesitz.

Bevor die Frage, in welche Kategorie Aneignung und Eigentumsaufgabe einzureihen sind, behandelt werden kann, ist zunächst auf die der Klärung bedürftigen Tatbestandsmerkmale, soweit diese für die Einreihung überhaupt bedeutsam sein können, einzugehen. Da der Tatbestand der Aneignung unklar erscheint und, wie schon in der Einleitung betont, zu einer für die Bestimmung seiner Rechtsnatur sehr wichtigen Streitfrage Anlaß gegeben hat, so muß zunächst die Klärung dieser Frage den Gegenstand der Untersuchung bilden.

Schon ein Vergleich des Gesetzestextes der die Aneignung und Eigentumsaufgabe behandelnden §§ 958 und 959 B. G. B. zeigt, daß bei beiden Rechtsakten nicht gleichmäßig viele Tatbestandsmerkmale aufgezählt sind: Während die Eigentumsaufgabe sich aus der Besitzaufgabe und der Absicht des Eigentumsverzichtes zusammensetzt, verlangt das Gesetz zum Eigentumserwerb durch Aneignung lediglich den Erwerb des Eigenbesitzes an einer herrenlosen Sache, ohne ein entsprechendes Willensmoment zu fordern. Auch die im § 872 B. G. B. gegebene Legaldifinition des Eigenbesitzers: „Wer eine Sache als ihm gehörend besitzt, ist Eigenbesitzer", stellt es nur auf einen objektiven Tatbestand ab und spricht daher nicht gerade für eine das Willensmoment berücksichtigende Interpretation; aber ebensowenig kann man in der Tatsache, daß das Gesetz mit Stillschweigen den Besitzwillen des Eigenbesitzers übergeht, ein Indiz für die Entbehrlichkeit dieses Willens erblicken.

Darüber nun, wie die Worte „als ihm gehörend" auszulegen sind, gehen die Ansichten auseinander. Die einen, die Vertreter der

[63] So Nußbaum, a. a. O., S. 191.

objektiven Theorie,[1] messen dem äußeren Sachverhalt des Besitzstandes entscheidenden Wert bei und halten es zum Begriff des Eigenbesitzes für genügend, daß jemand die Stellung des Eigentümers einnehme; dagegen steht die subjektive Theorie, die von der gesamten übrigen Literatur und vom Reichsgericht[2] vertreten wird, auf dem Standpunkt, der Eigenbesitzer müsse auch den Willen haben, die Sache als ihm gehörend zu besitzen.

§ 5.

Entstehung des Eigenbesitzbegriffes im B. G. B.

Beide Richtungen glauben eine Stütze für ihre Ansicht in der Entstehungsgeschichte des Eigenbesitzes finden zu können. Wir sind daher genötigt, einen kurzen Rückblick auf die Entstehung des § 872 zu werfen.

Der erste Entwurf des B. G. B. entstand unter dem Einfluß der romanischen Doktrin, als dessen hervorragendster Vertreter Savigny durch sein 1803 erschienenes Werk „das Recht des Besitzes" dem römischen Rechtsgedanken im gemeinen Recht wiederum Geltung verschafft hat. Als Besitzer kann, so behauptet er S. 110 (7. Aufl. 1865), nur der gelten, „welcher die Sache als Eigentümer behandelt, deren Detention er hat, d. h., welcher faktisch ebenso beherrschen will, wie ein Eigentümer kraft seines Rechtes zu tun befugt ist, also insbesondere auch, ohne einen anderen besser berechtigten über sich anerkennen zu wollen. Mehr aber als dieser animus domini gehört durchaus nicht in den Begriff des Besitzes; am wenigsten aber die Ueberzeugung, daß man wirklich Eigentümer sei (opinio sive cogitatio domini)". In Anlehnung an diese Definition bestimmte § 797 des E I: „Der Besitz einer Sache wird erworben durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache (Inhabung) in

---

[1] Auerbach, a. a. O., S. 17; Buhl, Das Recht der beweglichen Sache nach dem bürgerl. Gesetzbuch, S. 20; Dernburg, Bd. III, § 12 II; Fischer in Fischer-Henle, Bemerk. I zu § 872; Friebe, Ist zum Eigenbesitz der sogen. animus domini erforderlich? (Breslauer Dissertation von 1905, S. 87); Höpker-Aschoff, Besitzwille und Eigenbesitz (Bonner Dissertation von 1907, S. 64, S. 71); Krebs, a. a. O., S. 29; Maenner, Das Sachenrecht nach dem B. G. B., S. 128; Meyer, a. a. O., S. 79; Rabel, Besprechung von Staudingers Komm. in der Rhein. Zeitung, 7. Jahrg., Heft 4, S. 513 ff.; Thoma, Die Bedeutung des Besitzwillens im Besitzrecht des B. G. B. (Freiburger Dissertation von 1900, S. 74.)

[2] Die zu eng gefaßte Definition des R. G. Z., Bd. 54, S 135: erforderlich sei der Wille, Eigentümer der Sache zu sein, hat es selbst später (s. jur. Wochenschrift 1916, S. 40, Nr. 5; Zeitschr. f. Rechtspflege in Bayern 1923, S. 18, S. 148) dahin richtig gestellt, daß der Wille, die Sache wie ein Eigentümer zu haben, erforderlich sei.

Verbindung mit dem Willen des Inhabers, die Sache als die seinige zu haben (Besitzwille)". Hierzu gesellte sich noch § 800 Abs. 1: „Eine geschäftsunfähige Person kann nicht durch eigene Handlungen Besitz erwerben". Der E I unterschied also zwei Begriffe, die das Verhältnis der Person zur Sache charakterisierten: den Besitz und die Inhabung. Daß auch letzterem eine selbständige Bedeutung zukommt, ergibt sich aus den Motiven (Bd. III S. 81), wo vom Inhabungswillen gehandelt wird. Diese Unterscheidung ließ der E II fallen und gewährte auch dem Inhaber, den unselbständigen Inhaber (§ 778 E II, § 855 B. G. B.) freilich ausgenommen, den Namen des Besitzers.[3]

Die Anregung zur Beseitigung dieses Unterschiedes hatte vor allem Ihering gegeben, der in seiner Schrift „Der Besitzwille" (1899, S. 8, S. 503—518) Savignys Subjektivitätstheorie aufs schärfste bekämpft hatte. Außerdem erschien es aber auch geboten, jene Art des Besitzes, dessen Bedeutung in seiner Funktion als Mittel zum Eigentumserwerb besteht, durch besondere Merkmale zu kennzeichnen, zumal sich bereits Strohal in Iherings Jahrbuch[4] kraftvoll für die Einführung dieses „Eigenbesitz" genannten Begriffes unter Hinweis darauf, der Eigenbesitz könne auch ohne die Lehre von animus domini bestehen, eingesetzt hatte. Daraufhin glaubte die Mehrheit die Kommission für die zweite Lesung, der Begriff des Eigenbesitzers sei nicht zu entbehren; es sei praktisch zweckmäßiger und systematisch richtiger, eine Definition des Eigenbesitzes selbst in den Abschnitt über den Besitz aufzunehmen, als die Definition an den verschiedenen Stellen, wo Eigenbesitz in Frage käme, einzureihen.[5] Weiterhin lassen die Protokolle aber auch erkennen, daß man Strohals Begriffsbestimmung nicht hat folgen wollen; denn die Antragsteller bezeichneten denjenigen als Eigenbesitzer, der den Willen hat, die Sache für sich oder als die seinige zu haben, und verstanden darunter den animus domini. So entstand der § 793 des E II, der mit einer unbedeutenden Aenderung in die Fassung des jetzigen § 872 überging. Aus der Entstehungsgeschichte des § 872, besonders aber aus dem Umstand, daß der Besitz des E I an erster Stelle als Element des Eigentumserwerbes diente,[6] ergibt sich nun

[3] Protokolle der Kommission für die zweite Lesung, herausgegeben von Achilles usw., Bd. 3, S. 28.

[4] Strohal, Zum Besitzrecht eines Entwurfes des B. G. B. in Jhering. Büch., Bd. 29, S. 373.

[5] Protokolle, III. Band, S. 227.

[6] Motive, III. Band, S. 82; Denkschrift zum Entwurf eines B. G. B. (Ausgabe Guttentag, 1896), S. 109, S. 115.

die wichtige Konsequenz, daß jener Besitz mit dem heutigen Eigenbesitz, die selbständige Inhabung des E I dagegen mit dem Besitz des B. G. B. begrifflich identisch ist.[7] Man sieht also, um mit v. Wendt[8] zu reden, daß zwischen dem E I und dem B. G. B. „sachlich überhaupt keine Verschiedenheit der Rechtsnormen besteht und daß es ganz unzulässig ist, aus einer angeblichen Veränderung irgendwelche Folgerungen zu ziehen". Zu dieser Erkenntnis haben sich aber diejenigen Schriftsteller nicht durchringen können, die davon überzeugt sind, daß die geschichtliche Entwicklung des Besitzrechtes im B. G. B. entschieden zu der Tendenz neigt, den Willen aus dem Besitzbegriff auszuschalten, und daß der E II einen vollständigen Bruch mit der Lehre Savignys vom animus domini bedeutet.[9] Sie alle begehen den Fehler, den Besitzbegriff des B. G. B. mit dem des E I, also mit dem Eigenbesitzbegriff, zu vergleichen und zu betonen, daß über den Besitzerwerb von Geschäftsunfähigen im Gesetzbuch nichts ausdrücklich mehr bestimmt sei, und gelangen auf Grund ihrer falschen Voraussetzungen zu dem ebenso falschen Ergebnis, daß das B. G. B. mit Bewußtsein und Absicht den Besitzwillen beseitigt habe und daß es demnach unstatthaft sei, ihn wieder ins Gesetz hineinzutragen. Man kann v. Wendt nur Recht geben, wenn er diesen Schriftstellern vorwirft: „Es ist eigentümlich, mit wie wenig Kritik und richtiger Einsicht im Durchschnitt verfahren wird".[10]

Vielleicht würde man sich nun zur Rechtfertigung auf die Protokolle[11] berufen, deren Wortlaut zu zitieren mir wichtig genug erscheint; es heißt dort:[12] „Wenn die Mehrheit der Kommission sich entschieden habe, den Besitzwillen im § 779 zu streichen, so sei das nicht in der Absicht geschehen, den Besitzwillen vollständig zu negieren, sondern nur, weil die Erwähnung des Besitzwillens zu Mißverständnissen führen könne und weil derselbe in einzelnen Fällen nicht vorhanden zu sein brauche. Allgemein lasse sich die

---

[7] So auch v. Wendt, Besitz und Besitzwille in der Festschrift für die jur. Fakultät in Gießen zum Universitätsjubiläum, S. 82; Biermann, Bemerkung 2 a zu § 854; Hempowicz, Merkmale und Bedeutung des Eigenbesitzes (Breslauer Dissertation von 1907, S. 14); Knauth, Die Bedeutung des Eigenbesitzes nach dem B. G. B. (Jenaer Dissertation von 1906), S. 3, S. 22; Dittenberger, a. a. O., S. 47, Note 2.

[8] a. a. O., S. 83.

[9] So Auerbach, a. a. O., S. 13; J. Breit, a. a. O., S. 243 ff.; Friebe, a. a. O., S. 65; Kniep, a. a. O., S. 70; Fr. Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb, S. 59; Raape, Besitzerwerb ohne Besitzwillen (Bonner Dissertat. von 1901, S. 8.)

[10] a. a. O., S. 82.

[11] Vergl. dazu auch die Motive, Bd. 3, S. 87.

[12] Bd. III, S. 33; in demselben Sinne äußern sich auch die Prot., Bd. 3, S. 166.

Vorschrift des § 800 Abs. 1 auf den Besitz im Sinne des § 797 nicht anwenden; soweit sie aber richtig sei, werde sie als selbstverständlich angesehen werden können". Die Protokolle beweisen aber für die Gegenansicht gar nichts; denn mit der Frage, ob das dem Besitz im Sinne des § 797 E I entsprechende Institut des Eigenbesitzes einzuführen sei, hat sich die Kommission, wie auch die stoffliche Anordnung der Protokolle erkennen läßt — der Eigenbesitz wird erst auf Seite 227 behandelt —, erst später befaßt; vor diesem Zeitpunkt mußte sie jedoch annehmen, daß sie durch die Schaffung des § 854 Abs. 1 B. G. B. den § 797 E I grundlegend ändere. Wir sehen hier also gerade bestätigt, daß zwar ursprünglich das Bestreben darauf hinzielte, den Besitzbegriff des E I in seinem Wesen zu ändern, daß aber durch die spätere Aufnahme des Eigenbesitzbegriffes der frühere Besitzbegriff in seinem Wesen wieder hergestellt wurde und daher die ganze Bedeutung der durch den E II geschaffenen Umwandlung lediglich auf eine Aenderung des Gesetzausdrucks hinzielte. Wenn auch Friebe[13] meint, man könnte keinesfalls annehmen, daß nur eine solche formelle Umgestaltung bezweckt worden sei, so läßt sich doch niemals die Tatsache wegleugnen, daß der Erfolg der Entwicklung eine nur formelle Umgestaltung war, wenn dieser von der Kommission für die zweite Lesung auch ursprünglich nicht beabsichtigt war.

In der Ueberzeugung, daß die hier vorgetragene Ansicht unbedingt richtig ist, werden wir erst recht durch weitere Aeußerungen der Gesetzesmaterialien, die zur Ergänzung angefügt seien, gestärkt. Betrachten wir zunächst den Besitz im Sinne des Gesetzes, so finden wir, daß nicht einmal das Schweigen des Gesetzes über den Besitzwillen zu dem Schluß zwingt, dieser Wille sei nicht erforderlich. Die Motive (Band III S. 81) betonen zwar, daß man es für richtiger hielte, darüber zu schweigen, erkennen aber an, der Doktrin bleibe „die Nachweisung unbenommen, daß doch in allen Fällen des possessorischen Schutzes ein Inhabungswille herausgefunden werden könne". Bemerkenswert in dieser Hinsicht ist auch die in den Protokollen (Band III S. 30 ff.)[14] zutage getretene Stellungnahme zu der Ablehnung des Antrags, den Besitzwillen in das Gesetz aufzunehmen: Ein solches Erfordernis aufzustellen, empfehle sich nicht. „Diese Aufstellung sei in den zahlreichen Fällen entbehrlich, in denen nach Lage der Sache die Herstellung

[13] a. a. O., S. 68.
[14] Vergl. auch die obenerwähnten Protokolle, Bd. III, S. 33.

der tatsächlichen Gewalt ohne einen darauf gerichteten Willen nicht möglich sei und für die Fälle bedenklich, in denen ein Erwerbswille desjenigen, welcher den possessorischen Schutz erlangen müsse, nur mit Hilfe willkürlicher Annahmen und Fiktionen zu konstruieren sei.[15] . . . . Die Frage, wie Fälle dieser Art aufzufassen seien . . . sei in der Wissenschaft noch durchaus streitig . . . Stelle das Gesetz das Willenserfordernis auf, so ergebe sich in den oben angedeuteten Fällen,[16] wenn die Wissenschaft und die Praxis dazu gelangten, das Vorhandensein des Erwerbswillens bei demjenigen, für welchen die Sache bestimmt sei, zu verneinen, das mißliche Ergebnis, daß an der Sache ein geschütztes Verhältnis nicht bestehe, ein Ergebnis, das mit dem Grundgedanken des Besitzschutzes, den Rechtsfrieden durch Aufrechterhaltung der äußeren tatsächlichen Ordnung der Verhältnisse der Personen zu den Sachen zu bewahren, nicht vereinbar sein würde. Die Gesetzesmaterialien befassen sich also in demselben Maße mit der Entbehrlichkeit wie mit der Notwendigkeit des Besitzwillens und überlassen die Feststellung, ob ein Besitzwille erforderlich sei, der Wissenschaft.

Während die Haltung der Gesetzgeber bezüglich dieses Willens schwankte, war man um so mehr beim Eigenbesitz geneigt, das Willensmoment als Begriffsmerkmal gelten zu lassen. Die Motive (Bd. II S. 82) bemerken dazu: „Es würde nicht ganz zutreffend sein, wenn man die Willensrichtung als auf das Eigentumsrecht gehend bezeichnen wollte, animus dominii; denn nicht das Recht, sondern die dem Rechte entsprechende Stellung der Person zu der Sache, das Haben der Sache als die seinige, ist das Begehrte und Erstrebte". Daß ferner in der zweiten Kommission Anträge gestellt worden waren, den animus dominii zum Tatbestandsmerkmal des Eigenbesitzes zu erheben, ist bereits erwähnt worden; die Protokolle (Bd. III S. 227) geben aber auch Aufschluß darüber, weshalb sie bei der gesetzlichen Formulierung unbeachtet blieben: Sie wurden teils zurückgezogen, teils abgelehnt, „weil sie im Wesen selbstverständlich seien". Schließlich wird dieser Standpunkt noch von der dem Reichstag vorgelegten Denkschrift (S. 115) geteilt, die als ein wesentliches Merkmal des Eigenbesitzes den Willen des Besitzers, die Sache als ihm gehörend zu besitzen, bezeichnet. Somit bestätigen die Gesetzesmaterialien klipp und klar die Erforderlichkeit

[15] Letztere Bedenken finden sich auch in der dem Reichstag vorgelegten Denkschrift, S. 109.

[16] Gemeint ist vor allem der Fall, wo die für jemand bestimmte Sache in dessen Abwesenheit in seiner Wohnung niedergelegt wird.

des Eigenbesitzwillens und damit die begriffliche Identität des § 797 E I und des § 772 B. G. B.

Es ist jedoch zu beachten, daß den Materialien keineswegs die Bedeutung einer authentischen Interpretation zukommt;[17] da sie aber mit dem Rechtsbewußtsein und der praktischen Anwendbarkeit des Rechts durchaus im Einklang stehen, so sind sie dennoch für das richtige Verständnis der Lehre vom Besitz und Eigenbesitz sehr wertvoll. Zeigen sie doch gerade, daß man nicht im entferntesten an die Beseitigung des Willensmomentes gedacht hat.

§ 6.

Die Begriffsmerkmale des Besitzes.

Bevor wir mit der Interpretation des Eigenbesitzbegriffes beginnen, erscheint es angebracht, zu der Frage Stellung zu nehmen, welche Begriffsmerkmale der Besitz aufzuweisen hat; denn die objektive Theorie sucht die Richtigkeit ihrer Auffassung auch aus dem System der Besitzlehre herzuleiten und beruft sich darauf, daß der Besitz, als dessen besondere Art der Eigenbesitz erscheine, stets nach objektiven Merkmalen bestimmt werde. Sollten wir aber zu dem Resultat kommen, daß bei ihm ein Besitzwillen zu fordern sei, so läßt sich diese Erkenntnis gewiß für die Klärung des Eigenbesitzes, der auf derselben Grundlage wie der Besitz aufgebaut ist, verwerten. Witalinski meint zwar, daß es auf die Entscheidung dieser Frage gar nicht ankomme, „weil kein Schriftsteller den Willen für den Eigenbesitz deshalb fordert, weil der Eigenbesitz eine Art des Besitzes sei". Eine derartige Beweisführung findet sich allerdings bei keinem Subjektivisten in einer ausgesprochenen Form und dürfte wohl für überflüssig gehalten worden sein. Aber es ist nicht einzusehen, warum die subjektive Theorie nicht dieselben Beweismittel wie die objektive für sich verwerten sollte.

Wenn auch § 854 B. G. B. den Besitzerwerb nur an die Erlangung der tatsächlichen Gewalt knüpft, so kann man im Einklang mit den Motiven (Bd. II S. 81) und den Protokollen (Bd. II S. 33) doch keineswegs in den Fällen den Besitzwillen zu negieren, wo nach Lage der Dinge die Herstellung der tatsächlichen Gewalt nur durch einen darauf gerichteten Willen ermöglicht werden kann.

[17] So schon R. G. Z., Bd. 20, S. 157: es sei denn, daß „den dabei zutage getretenen Intentionen im Gesetze selbst erkennbar Ausdruck verliehen ist".

M. E. muß aber stets zum Besitzerwerb ein Besitzwille gefordert werden; denn ein Herrschaftsverhältnis von Person zur Sache ohne Herrschaftswillen ist nicht möglich; „das bloß räumliche, auf tausend Zufälligkeiten beruhende Machtverhältnis ist nach der Verkehrsauffassung bedeutungslos, wenn es nicht durch den Willen des Besitzers beseelt wird — erst damit wird es zum Besitz erhoben".[18] Es ist also ganz ausgeschlossen, vom Willen abzusehen, da er gerade das Wesen des Besitzes ausmacht.

In dieser krassen Form wollen nun die meisten Schriftsteller unsere Ansicht nicht gelten lassen, indem sie geltend machen, daß auch in den Fällen der ungewollten und unbewußten Inhabung, die Dernburg als „Nebenformen des Besitzes"[19] bezeichnet, mit Rücksicht auf das Bestehen eines Rechtsschutzbedürfnisses ein Besitzschutz nicht zu entbehren sei — dies ist auch der Standpunkt der oben zitierten Protokolle (Bd. III S. 30 ff.) — und daher Besitz anzuerkennen sei.[20] Wenn man auch geneigt sein könnte, letztere Meinung, die übrigens viel in älteren Monographien und Dissertationen anzutreffen ist, als die herrschende anzusehen, so argumentieren doch diejenigen, die den Besitzwillen fordern, weit überzeugender, zumal die Gegner sich durchweg auf den Beweis an

---

[18] So Kreß, a. a. O., S. 134; ebenso Affolter, Das Willensmoment beim Besitzerwerbe im Archiv f. bürgerl. Recht, Bd. XVII, S. 3 ff.; Brodmann, Der Besitz im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd. I, S. 688; Bruns, Besitzerwerb durch Interessenvertreter, S. 58 ff.; Bunsen, Besitzschutz im B. G. B. im Archiv f. bürgerl. Recht, Bd. XXIII, S. 86; Cosack, Bd. II, S. 69; Draganescu, Die Lehre vom Besitzerwerb durch Stellvertreter nach römisch. und bürgerl. Recht, S. 55, S. 70 ff.; Endemann, Bd. II, § 34; Flierl, a. a. O., S. 6; Frank, Der Besitzwille nach dem B. G. B. (Bonner Dissertation von 1898, S. 8); Gierke, Deutsches Privatrecht, III. Band, § 115; derselbe, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht, S. 4, Note 4; Hempowicz, a. a. O., S. 16; Klein, Die Rechtshandlungen i. e. S., S. 16, Note 75; Krebs, a. a. O., S. 28; Landsberg, Das Recht des B. G. B., Bd. II, S. 623; Manigk, W. E. und W. G., S. 655; R. G. R. K., Bemerkung III zu § 854; v. Wendt, a. a. O., S. 88 ff.; Wolff, Sachenrecht, § 10, II, III.

[19] Bd. III, § 17, Nr. 4.

[20] Aravantinos, in Jher. Jahrb., Bd. 48, S. 125 ff., S. 133; Auerbach, a. a. O., S. 15; Bartels, Ausführungen zur Besitzlehre des B. G. B. in Gruchots Beitr., Bd. 42, S. 654 ff.; Biermann, Bemerk. III zu § 854; J. Breit, a. a. O., S. 240 ff.; Burghoff, Der Besitzwille (Greifswalder Dissertation von 1900, S. 19); Crome, § 344 II, 2; Dittenberger, a. a. O., S. 94 ff.; Eltzbacher, a. a. O., S. 210, 213; Fink, a. a. O., S. 21; Fischer, in Fischer-Henle, Bemerk. 5 zu § 854; Friebe, a. a. O., S. 70 ff.; Höpker-Aschoff, a. a. O., S. 33; Knauth, Die Bedeutung des Eigenbesitzes nach dem B. G. B. (Jenaer Dissertation von 1906, S. 1; Kniep, a. a. O., S. 71, S. 91; Kretschmar, Bemerk. III zu § 854; Kurts, Ist die Aneignung ein Rechtsgeschäft und welche Folgen hat dies? (Rostocker Dissertation von 1903, S. 38); Fr. Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb, S. 69; Meyer, a. a. O., S. 61; Greiff in Plancks Komm., Bemerk. 2 zu § 854; Strohal, Der Sachbesitz in Jher. Jahrb., Bd. 38, S. 66, S. 72 ff.; Thoma, a. a. O., S. 20 ff.; Wolff, Der Begriff des Besitzes nach dem B. G. B. (Erlanger Dissertation von 1900) S. 19.

Hand „pathologischer“[21] Fälle beschränken. Aber auch manche unserer Gegner haben erkannt, daß man die ungewollte und unbewußte Inhabung nicht immer als Besitz auffassen dürfe; sie lassen den Besitzerwerb nur dann eintreten, wenn es die Verkehrsauffassung verlangt[22] oder wenn, wie sich Kniep weniger präzise ausdrückt, „sich das körperliche Verhältnis innerhalb der Rechtslinie bewegt“ bezw. „mit der Rechtsordnung im Einklang steht“.[23] Man denkt hier vor allem an die schon von den Gesetzesmaterialien behandelten Fälle, wo jemand an den in seinen Briefkasten ordnungsgemäß eingeworfenen Gegenständen oder an den in seiner Wohnung während seiner Abwesenheit niedergelegten Sachen Besitz erwirbt. Der Eintritt des Besitzerwerbs wird in diesen Fällen freilich auch von uns nicht geleugnet, aber nicht aus den von der Gegenseite angeführten Gründen; vielmehr vollzieht er sich, weil der Erwerber nur einen generellen im voraus gefaßten Willen, der sich auf den Besitz derartiger Sachen bezieht, zu haben braucht.[24] Ist aber nach Lage der Dinge ein allgemeiner Wille als nicht vorhanden anzusehen, so liegt nur zufällige (ungewollte oder unbewußte) Inhabung vor. Auch hier soll aber nach der anderen Ansicht Besitz entstehen, indem man zunächst auf das Schutzbedürfnis des Inhabers hinweist; in Wirklichkeit liegt aber nur ein vorübergehender Zustand vor, der rechtlich unbeachtlich ist. Erst wenn der Inhaber von der Inhabung Kenntnis erlangt und den Inhabungswillen betätigt, erwirbt er Besitz. Abgesehen hiervon, muß man auch bedenken, daß der Besitz die Grundlage mancher Verpflichtung, z. B. nach den §§ 985, 987 ff., 1007 B. G. B., bildet. Keinesfalls läßt sich daher ein rechtliches Interesse, dem unbewußten Inhaber den Besitz aufzuzwingen und Verpflichtungen aufzubürden, rechtfertigen.[25] Man beruft sich ferner darauf, daß der Erbe (§ 857 B. G. B.) sowie der Berechtigte des Nachbargrundstückes (§ 911 B. G. B.) Besitz ohne Besitzwillen erwerben[26]. Letzterer erwirbt

---

[21] Kress, a. a. O., S. 134.

[22] So Dittenberger, a. a. O., S. 92.

[23] a. a. O., S. 97, S. 94.

[24] So richtig: Kress, a. a. O., S. 145, S. 147; ferner Aravantinos, a. a. O., S. 132; Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. II, S. 228; Kober, in Staudingers Kommentar, Bemerk. I bb, Abs. 3 zu § 854; Manigk, W. E. und W. G., S. 655; v. Wendt, a. a. O., S. 90.

[25] So auch Kress, a. a. O., S. 147.

[26] Daß Unkenntnis des Erbanfalls dem Besitzübergang nicht hinderlich ist, wird fast allgemein anerkannt (so z. B. Kober, in Staudingers Kommentar, Bemerkung II, Ia zu § 857; v. Wendt, a. a. O., S. 87). A. M. ist Kress, a. a. O., S. 187, Note 551, der vom Erben sogar einen Besitzerwerbswillen verlangt.

aber erst, wenn er von dem Eigentumserwerb Kenntnis erlangt hat, durch Betätigung des Besitzwillens (näheres darüber unter § 8). Beim Erben handelt es sich dagegen tatsächlich um eine Ausnahme, die das Gesetz, das einem Toten keinen Besitz zuschreiben kann, zur Wahrung der Rechtsordnung schaffen mußte. Diese Ausnahme spielt jedoch nicht eine so große Rolle, daß man aus ihr die Regel herleiten könnte; sie bestätigt also die von uns aufgestellte Regel, daß beim Besitzerwerb der Besitzwille zu den Minimalerfordernissen gehört. Dieser Wille ist jedoch, da das Gesetz die rechtlichen Wirkungen nicht an die Entstehung des Besitzes, sondern an die abgeschlossene Besitzerwerbshandlung, den Beginn des Besitzstandes, knüpft, ein nur natürlicher Wille. Demnach sind auch Kinder, die erforderliche Einsicht vorausgesetzt, des Besitzerwerbes fähig.[27]

Da dieser Wille für die Rechtsordnung gleichgültig ist, so kann man sich den Versuch, aus den Rechtsnormen die Notwendigkeit des Besitzwillens herzuleiten — dies ist vielfach unter Heranziehung der §§ 867 und 1007 B. G. B. geschehen —, ersparen. Aber auf einen rein logischen Gesichtspunkt glaube ich doch hinweisen zu müssen. Wenn das Gesetz von der Erlangung der tatsächlichen Gewalt spricht, so erwähnt es damit, wenn auch unbewußt, den Willen; denn wer sich fehlerfrei ausdrücken will, kann von Erlangen einer Sache nur sprechen, wenn die Sache erstrebt war, von Erlangen der tatsächlichen Gewalt nur, wenn diese und damit der Besitz gewollt war.[28] Schließlich sei noch erwähnt, daß man den Besitzer vom Besitzdiener nicht unterscheiden könnte, wenn man das Willensmoment leugnet.[29] Durch das dem Besitzer gegenüber bestehende Abhängigkeitsverhältnis ist der Besitzdiener nicht genügend gekennzeichnet. Da er auf Grund seiner Abhängigkeit „den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen" b e w u ß t Folge leistet, so kann er nur für den anderen besitzen w o l l e n. Dem animus possidendi des Besitzers entsprechend muß man daher einen animus pro alieno possidendi fordern.

Aus allen diesen Gründen ist daher daran festzuhalten, daß der Besitzwille ein notwendiges Begriffsmerkmal des Besitzes ist.

---

[27] Das ist heute kaum bestritten; a. M., nur Endemann, Bd. II, § 37; Flierl, a. a. O., S. 12, S. 60; Kohler, im Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 18, S. 79.

[28] So Brodmann, Der Besitz, S. 688; Krebs, a. a. O., S. 28.

[29] Vergl. dazu die überzeugenden Ausführungen v. Wendt's, a. a. O., S. 95 ff.; ebenso Kress, a. a. O., S. 146, S. 166.

§ 7.

Der Begriff des Eigenbesitzes.

Da sowohl für den Besitz wie den Eigenbesitz dieselben possessorischen Schutzvorschriften gelten, so läßt sich das Bestehen einer Wesensverwandtschaft zwischen beiden Begriffen keinesfalls wegleugnen, mag man auch in dem Eigenbesitz den gewöhnlichen Besitzfall[30] oder eine Unterart des Besitzes[31] erblicken oder schließlich den Eigenbesitz auf Grund seines Charakters als juristischer „Hilfsposition, die erst im Zusammenhalte mit anderen Umständen die rechtlichen Wirkungen auslöst",[32] als bedeutungslos für die Besitzlehre erachten.[33] So viel steht jedenfalls fest, daß der Eigenbesitz im Vergleich zum Besitz ein begriffliches Element, das in den Worten „als ihm gehörend" enthalten ist, mehr enthält und daß er, obwohl sich an ihn auf den Eigentumserwerb hinzielende Rechtswirkungen knüpfen, immerhin noch als ein qualifizierter Besitz, insofern als eine Unterart des Besitzes, anzusprechen ist. Da nun der Oberbegriff „Besitz" das Minimum der Begriffsmerkmale aufweist und zu diesen, wie oben bewiesen, auch der Besitzwille gehört, so muß man daher gleichfalls für den Eigenbesitz einen Besitzwillen verlangen. Worauf sich das besondere Begriffselement „als ihm gehörend" bezieht, ob nur auf den Besitzstand oder auf das bei dem Besitz vorhandene Willensmoment, kann keinem Zweifel unterliegen. Da der Wille das Wesen des Besitzes ausmacht, so muß daher der Wille, als ihm gehördend zu besitzen, ein wesentliches Erfordernis des Eigenbesitzes sein.

Unsere sich auf die Besitzlehre stützende Argumentation vermag die Anhänger der objektiven Theorie, die von der entgegengesetzten Voraussetzung ausgehen und den Besitzwillen leugnen, nicht zu überzeugen. Aus diesem Grunde wollen wir die von der Gegenseite zur Stützung ihrer Ansicht vorgebrachten Gründe näher betrachten und zu ihnen Stellung nehmen. Bevor wir uns jedoch mit der objektiven Theorie im allgemeinen beschäftigen, erscheint es zweckmäßig, zunächst auf einige bei dem einen oder anderen

---

[30] v. Wendt, a. a. O., S. 105; Meyer, a. a. O., S. 62, S. 71.

[31] Auerbach, a. a. O., S. 14; Friebe, a. a. O., S. 71; Kober, in Staudingers Kommentar, Bemerkung 1 in § 872; Krebs, a. a. O., S. 29.

[32] Kreß, a. a. O., S. 244 ff.; Hempowicz, a. a. O., S. 35 ff.

[33] Den Gegensatz zum Eigenbesitz bezeichnet man am besten nach dem Vorschlag Dernburgs, Bd. III, § 13 mit Fremdbesitz. So auch R. G. Z., Bd. 99, S. 210.

Objektivisten anzutreffende Eigentümlichkeiten, deren Erwähnung bei der allgemeinen Behandlung der objektiven Theorie nur störend wirken könnte, einzugehen.

Während Dernburg bei der Behandlung des Eigenbesitzes erklärt, daß hier nur objektive Merkmale entscheidend seien,[34] behauptet er im § 111 IV b, die Aneignung setze Besitzerwerb und Aneignungsabsicht voraus. Witalinski[35] folgtert nun hieraus, daß Dernburgs Stellungnahme zum Eigenbesitz zweifelhaft sei; denn da im § 958 B. G. B. eine solche Absicht nicht ausdrücklich gefordert würde, könnte sie Dernburg nur aus § 872 B. G. B. ableiten. Ein derartiger Widerspruch wäre ihm jedoch nicht zuzutrauen; die Aneignungsabsicht wird er m. E. vielmehr aus dem der Aneignung wesensähnlichen actus contrarius, der Eigentumsaufgabe, herleiten, bei der das Gesetz ein subjektives Merkmal verlangt. Die scheinbare Unklarheit besteht also in Wirklichkeit nicht, Dernburgs Ansicht vom Eigenbesitz bewegt sich konsequent auf objektivem Boden.

Auerbach[36] und Friebe[37] nehmen für die objektive Theorie in Anspruch, daß sie den Vorzug habe, historisch gegründet zu sein. Zur Bildung des Eigenbesitzbegriffes, der das Ergebnis einer langen Entwicklung sei, habe sowohl das römische wie das deutsche Recht beigetragen. Während im römischen Recht dem Eigenbesitz der Eigentumsbesitz mit den Merkmalen des corpus und animus domini entspreche, seien für die entsprechende deutschrechtliche Form, die Eigengewere, nur objektive Merkmale maßgebend gewesen.[38] Beide kommen nun zu dem Ergebnis, daß die römischen Rechtsgedanken allmählich durch die germanischen zurückgedrängt worden seien, daß also die geschichtliche Entwicklung dahin gegangen sei, den Willen aus dem Besitzbegriff auszuschließen. Auerbach kann diesen Nachweis jedoch nur aus dem Badischen Landrecht erbringen und muß zugeben, daß der Standpunkt des code civil und des A. L. R. nicht klar zutage trete. Friebe dagegen führt als Beweis außer dem Badischen Landrecht auch den code civil und „als Beispiel dafür, daß das Bestreben dahinging, die Besitzlehre nach deutschrechtlichen Gedanken zu gestalten", den codex Maximilianeus Bavaricus und das A. L. R. an.[39] Zu den historischen Erörterungen beider

---

[34] Bd. III, § 12, S. 51. [35] a. a. O., S. 35.
[36] a. a. O., S. 2—11, S. 14, 19. [37] a. a. O., S. 7—61, S. 64 ff.
[38] a. M. Hempowicz, a. a. O., S. 32 ff., der für die Eigengewere den animus domini beansprucht und sie mit dem heutigen Eigenbesitz identifiziert.
[39] Hempowicz, a. a. O., S. 32, dagegen stellt den vollständigen Besitzer des A. L. R. dem heutigen Eigenbesitzer gleich.

Autoren läßt sich allgemein sagen, daß sie keinen Anspruch auf Schlüssigkeit erheben können, da fast alle daraus entspringende Argumente für das Fehlen des Willens nur beim Besitz schlechthin, nicht dagegen beim Eigenbesitz verwertbar sind.[40] Wie will man nun aber die Tatsache erklären, daß das Oesterreichische B. G. B. von 1811 (§ 309) und das Sächsische B. G. B. von 1863 (§ 186) beeinflußt durch Savignys Doktrin deutlich das Erfordernis des Willens aussprachen? Jedenfalls wurde hierdurch die von Auerbach und Friebe angenommene Entwicklung, falls sie überhaupt bestanden hat, jäh unterbrochen — dies gibt nur Auerbach zu — und ist im B. G. B. nicht wieder zu neuem Leben erwacht, wie wir an Hand der Gesetzesmaterialien gezeigt haben. Die geschichtliche Entwicklung läßt sich mithin nicht für die Auslegung des Eigenbesitzbegriffes im Sinne der objektiven Theorie verwerten. Im übrigen kann, da die Besitzlehre des B. G. B. eine Verbindung römisch- und deutschrechtlicher Gedanken[41] enthält, eine Auslegung, die sich nur auf das eine dieser beiden Rechte stützt, nie absolute Richtigkeit beanspruchen.[42]

Schließlich sei noch auf Rabel[43] hingewiesen, der den Subjektivisten „ein historisches Mißverständnis" vorwirft; die römischen Juristen hätten in Wirklichkeit mit ihrem Besitzwillen hauptsächlich einen Besitzerwerbswillen im Auge gehabt. Selbst wenn wir dieses „Mißverständnis" zugeben, so beweist es doch nicht das geringste gegen die Richtigkeit der subjektiven Theorie, da weder die eine noch die andere Theorie sich darauf berufen kann, historisch gegründet zu sein, infolgedessen auch aus dem römischen Recht keine Folgerungen für den Eigenbesitzbegriff gezogen werden können.

Nach der objektiven Theorie ist für die Feststellung, ob Eigenbesitz vorliegt, lediglich wie oben erwähnt, die äußere Sachlage maßgebend, und demgemäß bezeichnen die meisten ihrer Anhänger, d. h. alle außer den sogleich zu erwähnenden, im Anschluß an Dernburg denjenigen als Eigenbesitzer, der die Stellung eines Eigentümers einnimmt oder der wie ein Eigentümer besitzt. Gegen eine derartige Definition des Eigenbesitzes läßt sich, formell betrachtet, nichts einwenden, aber wenn Fischer[44] (ohne nähere Begründung)

[40] So auch Hedemann in der zivilistischen Rundschau im Archiv f. bürgerl. Recht, Bd. 85, S. 283, wo er Auerbachs Monographie bespricht.

[41] Letztere überwiegen jedenfalls, besonders beim Begriffe des Besitzes (so auch Kober in Staud. Komm., Vorbemerk. I zu § 854).

[42] So auch Witalinski, a. a. O., S. 30.

[43] In der Rhein. Zeitschr. f. Zivil- u. Prozeßrecht, 7. Jahrg., Heft 4, S. 514.

[44] In Fischer-Henle, Bemerk. I zu § 872.

annimmt, Eigenbesitzer sei, wer zum Zwecke der Ausübung des Eigentumsbesitzes besitze, so werden wir zu einer Stellungnahme herausgefordert. Wer nämlich zu einem bestimmten Zweck besitzt, der hat auch eine Vorstellung von diesem Zweck und will ihn. Der Zweck enthält also bereits ein subjektives Element. Fischer verteidigt somit unbewußt die subjektive Theorie.

Völlig verfehlt ist es aber, wenn Auerbach in Anlehnung an Fischer den Eigenbesitz als den „Besitz zum Zwecke der Ausübung des Eigentums" definiert.[45] Bei der Begriffsbestimmung hat er sich von folgenden Erwägungen leiten lassen: Das B. G. B. unterscheidet „Besitz in Ausübung eines Rechts" (§ 837 B. G. B.), der immer ein Recht zum Besitz voraussetzt, und „Besitz zum Zwecke der Ausübung eines Rechts" (§§ 955 Abs. 2, 988 B. G. B.), der auch vorliegen kann, ohne daß das Recht in Wirklichkeit besteht.[46] Ein solches Recht ist aber auch das Eigentum, das zwar im Gegensatz zu den Nutzungsrechten der §§ 955 und 988, die nur beschränkte Rechte an einer Sache sind, steht, aber das wichtigste, auch die beschränkten dinglichen Rechte umfassende Recht ist. Das B. G. B. kennt in der Tat einen Besitz zum Zwecke der Ausübung des Eigentums und hat für ihn wegen seiner großen rechtlichen Bedeutung die technische Bezeichnung: Eigenbesitz.

Mag man auch mit Friebe[47] die Folgerung für scharfsinnig halten, so leidet immerhin die Definition an einem terminologischen Mangel, den Auerbach selbst in der Voraussicht, daß ihm dieser vorgeworfen werden könnte, in Abrede zu stellen sucht. Manigks Behauptung,[48] nur der Mensch könne Zwecke haben, nicht auch Tatsachen, beruht nach seiner Ansicht auf einer Verwechselung von Zweck und Absicht; „ein Haus hat den Zweck, daß es bewohnt werde, der Mensch hat die Absicht, das Haus zu bewohnen, also der Besitz, nicht der Besitzer hat den Zweck.[49] Auerbachs Verteidigung ist jedoch verfehlt, Zweck und Absicht fallen notwendig zusammen,[50] und daher können Tatsachen keine Zwecke haben.[51] Der Sprachgebrauch schreibt zwar den Tatsachen Zwecke zu — so

[45] Auerbach, a. a. O., S. 17; ebenso Meyer, a. a. O., S. 64.

[46] A. M.: Meyer, der den „Besitz in Ausübung" und „Besitz zum Zwecke der Ausübung eines Rechts" identifiziert und den Besitz für unabhängig vom Recht hält.

[47] a. a. O., S. 86; so auch Meyer, a. a. O., S. 64 ff.

[48] Das Anwendungsgebiet, S. 108.

[49] Auerbach, a. a. O., S. 21.

[50] A. M.: Friebe, a. a. O., S. 86.

[51] Witalinski, a. a. O., S. 31; ebenso Hempowicz, a. a. O., S. 17; Hedemann, im Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 25, S. 383.

spricht man wohl, wie Manigk[52] hervorhebt, von einem normalen Durchschnittszweck einer Sache —, aber der Zweckbegriff setzt doch notwendig eine Beziehung der Tatsache bezw. Sache zum Menschen voraus, von dem sowohl die Zweckbestimmung wie die Zweckänderung abhängen; jener Durchschnittszweck wird der Sache doch nur deshalb zugeschrieben, weil die Menschen, die in einer gewissen Beziehung zur Sache stehen, diesen Zweck „gewöhnlich im Auge haben".[53] Der Mensch allein setzt also den Zweck, entscheidend ist sein (wenigstens nach außen hin) erkennbarer Wille. Der Besitzzweck ergibt sich daher aus der räumlichen Beziehung der Sache zur Person und aus dem Verhalten des Besitzers.

Auerbach setzt sich aber auch mit der Ausdrucksweise des B. G. B. in Widerspruch, das in den §§ 955 und 988 das Wort „Zweck" mit „Besitzer", nicht dagegen mit „Besitz" verbindet, und versteigt sich daher zu der Behauptung, die Redeweise des Gesetzes verführe zu Irrtümern; das Gesetz meine hier „den Träger eines Besitzes, der (nämlich der Besitz) den Zweck hat, das Recht auszuüben".[54] Nicht zuletzt aus diesem Grunde hat Friebe davon abgesehen, sich Auerbachs Definition anzueignen, wenn er sagt: „Es entspricht m. E. auch mehr dem Wortlaut und Sinn des Gesetzes, wenn wir, ohne — vielleicht zufällige — Gegenüberstellungen heranzuziehen, den Eigenbesitzer charakterisieren als den Besitzer, der wie ein Eigentümer besitzt".[55]

Als Ergebnis ist somit festzustellen, daß diejenigen, die das Zweckmoment für den Eigenbesitzbegriff verwerten, die richtige Bedeutung des Wortes „Zweck" verkennen und daher unbewußt der subjektiven Theorie folgen. Wir bleiben aber noch den Beweis schuldig, daß die objektive Theorie auf einer falschen Grundlage aufbaut, daß nicht die objektive Sachlage allein für die Feststellung, ob Eigenbesitz vorliegt, maßgebend sein kann, sondern daß der Wille ein notwendiges Begriffsmerkmal des Eigenbesitzes ist.

Die positiven Merkmale des Eigenbesitzes erschöpfen sich nach der objektiven Theorie in der „Stellung eines Eigentümers" i. S. Dernburgs oder in dem „meistens ohne weiteres anzunehmenden, äußeren Anschein eines Eigentümers".[56] Man hat nun von verschiedenen Seiten den Einwand erhoben, daß die von den Objek-

---

[52] Die Voraussetzungen des Eigenbesitzes im Arch. für bürgerl. Recht, Bd. 25, S. 319.
[53] So Manigk, a. a. O., S. 319.
[54] a. a. O., S. 21. [55] a. a. O., S. 86 ff.
[56] So Fischer in Fischer-Henle, Bemerk. I zu § 872.

tivisten statuierten Kriterien des Eigenbesitzes häufig versagen, jedoch zu Unrecht. So glaubt z. B. Flierl,[57] daß auch der unmittelbare Fremdbesitzer die Stellung eines Eigentümers einnehmen könne; denn auch ihm sei es möglich, in einem entsprechenden räumlichen Verhältnis zur Sache zu stehen, kraft dessen er in der Lage sei, mit Ausschluß anderer über die Sache zu verfügen. Dieser Vorwurf ist aber durch nichts gerechtfertigt, da zum mindesten der mittelbare Besitzer ihn von jeglicher Einwirkung auf die Sache ausschließen kann. Zweifellos hätte es näher gelegen, den mittelbaren Besitzer mit dem Eigenbesitzer zu verwechseln. Aber die Position dieser beiden braucht nicht notwendig identisch zu sein; denn man wird doch nicht behaupten wollen, daß der Nießbraucher dadurch, daß er mit einem Dritten ein Besitzvermittlungsverhältnis begründet, zum Eigenbesitzer gestempelt werden.[58] Ferner hat Manigk die Unzulänglichkeit der objektiven Theorie darzutun versucht unter dem Hinweis, daß sie sein — übrigens häufig besprochenes — Beispiel:[59] „Es hebt jemand eine auf der Straße gefundene Sache auf, steckt sie in seine Tasche und geht weiter", nicht entscheiden könnte. Manigk meint,[60] daß die objektive Theorie keinen Anhaltspunkt für die Beurteilung der Frage, ob hier Eigenbesitz oder Fremdbesitz vorliege, gebe; da man aber schon jetzt imstande sein müßte, die Frage zu entscheiden, so sei man genötigt, bis zu dem Zeitpunkt, in dem die Entscheidung möglich wird, einen Schwebezustand eintreten zu lassen. Sofort nach Vornahme der Besitzerwerbshandlung könne man die Frage aber nur entscheiden, wenn man die Entscheidung lediglich von dem vom Handelnden gesetzten Zwecke, d. h. von seiner inneren Absicht, abhängig mache.[61] Darüber sind sich die Objektivisten jedoch einig, daß man einen solchen Schwebezustand nicht eintreten zu lassen brauche.[62] Uneinigkeit herrscht aber über die Beurteilung dieses Falles: Während Friebe (a. a. O.), Fischer[63] und Höpker-Aschoff[64] dem Finder Eigenbesitz zusprechen, gewähren ihm Auerbach[65] und Meyer[66] nur Fremdbesitz. Aber sämtliche vier Autoren weichen in der Begründung voneinander

---

[57] a. a. O., S. 8.

[58] Eigen- und Fremdbesitz, mittelbarer und unmittelbarer Besitz sind verschiedenartige Einteilungen desselben Begriffes. (So Friebe, a. a. O., S. 73; Kober in Staudingers Komm., Bemerk. 3 a zu § 872.)

[59] Anwendungsgebiet, S. 108. [60] a. a. O., S. 109.

[61] So auch Manigk, Die Voraussetzungen des Eigenbesitzes, S. 319.

[62] Friebe, a. a. O., S. 98; Meyer, a. a. O., S. 67 ff.

[63] In Fischer-Henle, Bemerk. zu § 868.

[64] a. a. O., S. 79. [65] a. a. O., S. 24. [66] a. a. O., S. 68.

ander ab. Diese Tatsache ist nicht weiter verwunderlich; denn es läßt sich nicht leugnen, daß die äußere Sachlage überhaupt noch ungeklärt ist; den hierdurch bedingten Nachteil gegenüber dieser Manigkschen Auffassung glaubte man durch eine vorläufige Entscheidung, die man aus dem Gesetz zu gewinnen suchte, beseitigen zu können. In Wirklichkeit besteht dieser Nachteil aber nicht, da Manigks Ansicht, die auf seiner Theorie vom inneren Willen aufbaut und das bloße Vorhandensein des Willens für genügend hält, falsch ist. Wir können ihm darin nicht zustimmen, daß „der innere Wille des Besitzers sich nicht zu äußern braucht, um rechtlich beachtet zu werden";[67] denn für die Rechtsordnung erhält der Wille erst dann Bedeutung, wenn er durch Handlungen nach außen in die Erscheinung tritt.[68] Diesen krassen Standpunkt hat er selbst aber später verlassen; er kam schließlich zu der Ansicht, daß der Wille nur dann im Leben und im Recht als wirklich vorhanden gelte, wenn er zur Tat geführt hat.[69] Manigk verlangte also nunmehr im Einklang mit allen übrigen Subjektivisten, daß der Eigenbesitzwille in die Außenwelt getreten ist,[70] unterscheidet sich aber noch insofern von ihnen, als sie außerdem fordern, daß aus dem Verhalten des Eigenbesitzers der Rückschluß auf den Eigenbesitzwillen möglich sei, daß dieses ein untrügliches Indiz für den Willen bilden muß. Manigk erkennt zwar an, daß das äußere Verhalten Willensindiz sein könne, aber nach ihm wird der Rückschluß ebenso „durch alle möglichen anderen Indizien des inneren Willens und der Beweggründe bestimmt, mögen sie dem etwaigen Gegner auch verborgen geblieben sein". Die Perfektion des Willens kann zwar als Willensindiz Verwendung finden, aber sie vermag kein untrügliches Indiz in den Fällen abzugeben, wo das Handeln — so gerade bei der auf die Erlangung der tatsächlichen Gewalt gerichteten corpus-Handlung[71] — mehrdeutig ist. Wenn Manigk nun den inneren

---

[67] Anwendungsgebiet, S. 111; ebenso Eltzbacher, a. a. O., S. 245; Hempowicz, a. a. O., S. 19; scheinbar auch M. Wolff, in Jher. Jahrb., Bd. 44, S. 195, Anmerkung 137.

[68] Das ist allgemein anerkannt.

[69] W. E. und W. G., S. 438, wo Manigk betont: „Der Entschluß muß seine Perfektion im entsprechenden Tun finden".

[70] Manigk, a. a. O., S. 439, S. 547, S. 435 ff.; derselbe, Die Voraussetzungen des Eigenbesitzes, S. 320 ff., S. 323.

[71] Die Auffassung, der Wille müsse, um wirklich zu sein, zur Tat werden, ist nur richtig, wenn man sie auf den unmittelbaren Handlungswillen bezieht (so auch Binder, a. a. O., S. 432; Jacobi, a. a. O., S. 48). Das Wollen des körperlichen Elementes, der tatsächlichen Gewalt, hat nichts mit dem Eigenbesitzwillen gemeinsam, ebenso wenig wie die Perfektion des Willens mit dem Indiz. (So Jacobi, a. a. O., S. 81.)

Willen auf Grund anderer Indizien eindeutig bestimmen will, so ist dieser Weg zum mindesten beschwerlich und nicht zweifellos sicher. Eindeutig läßt sich das Willensindiz nur aus dem äußeren Verhalten bestimmen, das „den Zugang erkennbar macht, der das Ziel der Handlung sein soll".[72] Da nun in dem Manigkschen Beispiel das Ansichnehmen der Sache noch keinen Rückschluß auf den Willen des Handelnden zuläßt, so ist auch nach der subjektiven Theorie im Gegensatz zu der von Manigk ursprünglich wie auch später vertretenen Auffassung die Sachlage noch als ungeklärt anzusehen und somit Manigks Vorwurf gegen die objektive Theorie, sie hätte den Nachteil, daß man nach ihr Fälle, in denen die Sachlage noch ungeklärt ist, nicht entscheiden könnte, unbegründet. Es zeigt sich also, daß die objektive Theorie gegenüber der subjektiven derartige Mängel nicht aufzuweisen hat. Der Theorienstreit dreht sich daher nur um die Frage: Ist zum Eigenbesitz begrifflich ein Wille erforderlich oder nicht?

Darüber sind sich die Objektivisten klar, daß mit der Behauptung, die äußeren Umstände seien hier allein entscheidend, nicht viel gewonnen sei und man die maßgebenden Umstände näher bezeichnen müsse. Abgesehen von Fischer und Friebe hält man allgemein den Entstehungsgrund des Besitzverhältnisses, die causa possessionis, für entscheidend.[73] Man beruft sich hierbei auf das römische Recht, das schon auf die Tatsachen gegenüber den inneren Vorgängen das entscheidende Schwergewicht gelegt habe. Daher soll auch heute noch die römische Regel: nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest (in l 3 § 19 D. 41, 2 und an vielen anderen Stellen), die übrigens im code civil (art. 2231) und im A. L. R. (I. 7. § 125) ihren Niederschlag gefunden hat, Geltung haben.[74] „Es würde," so begründet Höpker-Aschoff diese Auffassung, „den Bedürfnissen des wirtschaftlichen Lebens und damit den Grundsätzen einer gesunden Gesetzgebungspolitik widersprechen, wenn der unmittelbare Besitzer durch eine Aenderung seines Willens den Eigenbesitz des mittelbaren Besitzers sollte vernichten können". In dieser Allgemeinheit hat aber, wie die Quellen zeigen,

---

[72] So Jacobi, S. 80 ff., vor allem S. 82.

[73] So z. B. Auerbach, a. a. O., S. 22; Dernburg, Bd. II, § 12, 2; Höpker-Aschoff, a. a. O., S. 69; Meyer, a. a. O., S. 69; Thoma, a. a. O., S. 74; a. M.: Friebe, der den Nachweis zu bringen sucht, daß die causa meistens versagt (S. 95), und daher die äußeren Umstände nach § 903 B. G. B. beurteilt wissen will (S. 91 ff.).

[74] So Dernburg, Bd. II, § 12; Auerbach, a. a. O., S. 27 ff.; Friebe, a. a. O., S. 80, Note 1, S. 94, Note 1; Höpker-Aschoff, a. a. O., S. 79; Meyer, a. a. O., S. 69.

die römische Rechtsregel nicht gegolten, sie war vielmehr auf das Institut der usucapio, für die ein bestimmter Titel verlangt wurde, beschränkt. Die Anwendung dieser Regel auf andere Fälle wie den der usucapio wird sogar ausdrücklich abgelehnt; so trifft sie nicht auf die Umwandlung des natürlichen Besitzverhältnisses zu, wie Paulus in der soeben angeführten Digestenstelle (§ 20 ebendort) und Celsus in allgemeiner Form in der l. 18, pr. D. 41,2 betonen: „Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere; nec enim muto causam possessionis, sed desino possidere, et alienum possessorem ministerio meo facio"; aber auch für die Umwandlung des juristischen Besitzes ist sie bedeutungslos, wie von Marcellus in l. 19, pr. D. 41,2 behauptet wird: „Qui bona fide alienum fundum emit, eundem a domino conduxit, quaero, utrum desinat possidere, an non. Respondi: in promptu est, ut possidere desierit".[75] Schließlich spricht gerade der Umstand, daß das römische Recht den Besitz mit dem animus domini nicht als besonderen sachenrechtlichen Hilfsbegriff in seiner Besitzlehre gekannt hat, gegen die Anwendung der Regel auf den Eigenbesitzerwerb durch bloßen Willensentschluß.[76] Hieraus geht zur Genüge hervor, daß die Verwertung der römischen Regel für unser heutiges Recht der historischen Grundlage entbehrt.[77]

Welche causa aber soll den Eigenbesitz bestimmen? Die objektive Theorie nimmt Eigenbesitz an, wenn dem Besitzer nicht nachgewiesen wird, daß sich sein „Besitzerwerb auf ein anderes Verhältnis (causa) als dasjenige des Eigentums gründete"[78] oder, anders ausgedrückt, „sofern der Besitz sich nicht auf ein Verhältnis gründet, das offensichtlich bestimmt ist, einen Fremdbesitz zu schaffen"[79]. Hierüber läßt sich nun Auerbach[80] näher aus. Da er die Unterscheidung des mittelbaren vom unmittelbaren Besitzer in der causa findet, so überträgt er diese Besitzverhältnisse auch auf den Eigen- und Fremdbesitz und nimmt stets da, wo unmittelbarer Besitz vorliegt, Fremdbesitz an. Dieses Verfahren ist aber nicht immer zu billigen, da, wie bereits erwähnt, mittelbarer und Eigenbesitz nicht notwendig zusammenfallen. Letzteres erkennt zwar Auer-

[75] Vergl. dazu Kress, a. a. O., S. 62, III und Note 188.
[76] So auch Kress, a. a. O., S. 253.
[77] So außer Kress auch Manigk, Die Voraussetzungen des Eigenbesitzes, S. 320, Note 12; Flierl, a. a. O., S. 8.
[78] So Dernburg, Bd. III, § 312.
[79] So Auerbach, a. a. O., S. 23; ferner Höpker-Aschoff, a. a. O., S. 80.
[80] a. a. O., S. 23.

bach[81] an, ohne jedoch die notwendigen Konsequenzen daraus zu ziehen. Friebe dagegen trägt diesem Umstand insofern Rechnung, als er den Eigenbesitzer nicht allein nach der causa, sondern auch danach bestimmt, ob die tatsächlichen Merkmale des § 903 B. G. B. vorliegen, ob also der Eigenbesitzer nach Belieben mit der Sache verfährt und jeden von der Einwirkung ausschließt.[82] Daß der Finder in einem solchen Verhältnis steht, bejahen, wie im Zusammenhang mit dem Manigkschen Beispiel oben ausgeführt wurde, sowohl Auerbach wie Meyer. Aber nur Meyer[83] begründet diese Ansicht und zwar damit, daß der Finder „wenigstens nach dem äußeren maßgeblichen Befund" die Stelle eines Fremdbesitzers einnehme. „Er wird deshalb auch immer noch als Finder rechtlich gelten, (ebenso steht es natürlich mit jeder anderen causa), wenn er nach seinem Willen auch schon längst zu Eigen besitzt, so lange er diesen Willen nicht kundgegeben hat". Die Darlegungen Meyers, der übrigens nur durch die Bekämpfung von Manigks innerem (nicht offenbarten) Willen in das andere Extrem fiel, enthalten aber nichts anderes als die Wiedergabe des Standpunktes der subjektiven Theorie, die freilich insofern abweicht, als sie zum Eigenbesitzerwerb nicht die Kundgebung des Eigenbesitzwillens zum Zwecke der Kundgebung für erforderlich hält, sondern die Möglichkeit eines Rückschlusses aus dem Verhalten des Erwerbers auf seinen Eigenbesitzwillen genügen läßt. Solange ein solcher Rückschluß nicht möglich ist, liegt also Fremdbesitz vor. Die Mehrzahl der Objektivisten aber schreibt dem Finder Eigenbesitz zu, so z. B. die obengenannten Fischer, Friebe und Höpker-Aschoff; sie weisen darauf hin, daß der Fund nicht ein ähnliches Besitzverhältnis im Sinne des § 866 B. G. B. begründe, da das Gesetz nur den vom mittelbaren Besitzer abgeleiteten Besitz im Auge habe.[84] Daher soll beim Fund der äußere Anschein entscheiden, wie bei allen anderen Fällen, in denen die Sachlage noch ungeklärt ist (s. unten), mithin Eigenbesitz angenommen werden. Für Höpker-Aschoff ist außerdem der Gesichtspunkt entscheidend, daß der redliche Finder nicht schlechter gestellt werden dürfe als der unredliche, der stets Eigenbesitz erwirbt. Dieser Autor übersieht aber, daß der Eigenbesitzerwerb des unredlichen Finders sich im Widerspruch mit der Rechtsordnung

---

[81] a. a. O., S. 23; ebenso Höpker-Aschoff, a. a. O., S. 75.
[82] a. a. O., S. 91 ff. [83] a. a. O., S. 68.
[84] Diese Ansicht ist herrschend; so z. B. Endemann, Bd. II, § 32; Biermann, Bemerk. zu § 868; Strohal, Der Sachbesitz, S. 22 ff.; Thoma, a. a. O., S. 73; v. Wendt, a. a. O., S. 101.

vollzieht und daher ein rechtliches Bedürfnis, für den redlichen Finder dieselben Wirkungen wie für den unredlichen eintreten zu lassen, überhaupt nicht bestehen kann. Die Auffassung, der Finder erwerbe Eigenbesitz, ist daher nicht gerechtfertigt. Während die Meinungen der Objektivisten in der Beurteilung des Besitzstandes des redlichen Finders auseinandergehen, behandeln sie alle übrigen Fälle, in denen die äußeren Umstände keinen Schluß auf Eigen- oder Fremdbesitz zulassen, einheitlich. Da in diesen Zweifelsfällen eine Feststellung der causa von vornherein nicht möglich ist, so nehmen sie den „äußeren Anschein", die gesetzliche Vermutung des § 1009 B. G. B., zu Hilfe, die jene Feststellung erleichtert. Wenn zugunsten des Besitzers einer beweglichen Sache die Eigentumsvermutung gilt, so muß, behaupten sie unter Bezugnahme auf art. 2230 des code civil, der die Eigenbesitzvermutung ausdrücklich ausspricht, erst recht die geringere Vermutung gelten, daß der Besitzer Eigenbesitzer sei.[85] Diese Vermutung gilt aber, da im Falle des mittelbaren Besitzes die Vermutung für den mittelbaren Besitzer gilt (§ 1006 Abs. III B. G. B.), für jeden Besitzer, der nicht unmittelbarer Besitzer ist. So lange es nicht möglich ist, diese Vermutung zu widerlegen — das ist stets der Fall, wenn die äußeren Umstände keinen bestimmten Schluß auf Eigen- oder Fremdbesitz zulassen —, ist der Besitzer nach der objektiven Theorie, abgesehen von dem strittigen Fall des Finders, welcher entweder nach der causa oder nach dem äußeren Anschein beurteilt werden soll, Eigenbesitzer.

Diese Entscheidung befriedigt aber stets dann nicht, wenn der Eigenbesitzwille fehlt.[86] Es ist eben nicht angängig, der Vermutung des § 1006, die doch nur den Zweck hat, die Beweisführung zu erleichtern, eine verallgemeinerte, selbständige Bedeutung zukommen zu lassen.

Gewiß sind, was auch von den Anhängern der subjektiven Theorie zugegeben wird,[87] bei der Feststellung der Position des Besitzers die tatsächlichen Umstände, insbesondere die causa possessionis, in Betracht zu ziehen; man darf jedoch nicht so weit gehen, daß man die causa als ausschlaggebenden, primären Faktor hinstellt, wie es die objektive Theorie tut. Daher erscheint es auch

[85] So Auerbach, a. a. O., S. 27; Fischer, in Fischer-Henle, Bemerk. I zu § 872; Friebe, a. a. O., S. 92 ff.; Höpker-Aschoff, a. a. O., S. 83; Krebs, a. a. O., S. 29; Meyer, a. a. O., S. 73.

[86] So auch Witalinski, a. a. O., S. 34.

[87] So z. B. Manigk, Die Voraussetzungen des Eigenbesitzes, S. 319; R. G. R. K., Bd. II, Bemerk. I, Abs. 2 zu § 872; R. G. Z., Bd. 54, S. 135; Witalinski, a. a. O., S. 33.

verständlich, wenn unsere Gegner glauben, durch die Berücksichtigung der äußeren Umstände, die „die letztere Zuflucht fast aller Willenstheoretiker"[88] sei, gäben wir zu, daß in Wirklichkeit den objektiven Merkmalen die Souveränität innewohnt. Friebe[89] folgert nun daraus, daß wir es normalerweise auf die äußeren Umstände ankommen lassen, es sei ein theoretischer Fehler, daß wir nicht stets das Normale als Richtschnur nehmen. Der Vorteil der subjektiven Theorie liegt aber gerade darin, daß sie nicht stets den normalen Fall als Richtschnur nimmt; denn in den annormalen Fällen, d. h. wo die äußere Sachlage noch ungeklärt ist, gibt sie allein eine befriedigende Lösung, während die objektive Theorie, die hier stets den § 1006 B. G. B. zur Hilfe nimmt, zu einem nicht immer billigenswerten Ergebnis gelangt.[90] Einen ebenso vergeblichen Versuch, uns von der theoretischen Unhaltbarkeit der subjektiven Theorie zu überzeugen, macht Meyer, indem er die Frage stellt: „Wenn alles doch schließlich nur auf die tatsächlichen Umstände ankommt, wozu bedarf es dann noch der Konstruktion eines Willens?"[91] Um eine Antwort ist aber die subjektive Theorie gewiß nicht verlegen: Jener Wille wird nicht erst „konstruiert", er macht vielmehr gerade das Wesen des Eigenbesitzes aus; ohne Eigenbesitzwillen ist Eigenbesitz undenkbar, da ein Herrschaftsverhältnis von Person zur Sache, wie bereits oben hervorgehoben, Bewußtsein und Willen des Herrschenden voraussetzt. Der Eigenbesitzwille ist das Primäre, das den Eigenbesitz als äußere Erscheinung, als etwas Sekundäres, entstehen läßt. Die Souveränität des Willens zeigt sich gerade darin, daß sich der Wille des Fremdbesitzers über die causa hinwegsetzen und zum animus domini werden kann, daß also durch ihn die causa ihre Kraft verlieren kann.[92] Wenn daher die subjektive Theorie auch die äußeren Umstände in Betracht zieht, so kann man keinesfalls hierin ein Zugeständnis an die objektive Theorie erblicken; denn da der Eigenbesitzwille in dem Eigenbesitz aufgeht, m u ß aus den äußeren Umständen, und zwar dem Verhalten des Eigenbesitzers, ein Rückschluß auf den Eigenbesitzwillen möglich sein. Die äußeren Umstände sind also lediglich ein Indiz für den Willen.[93] Daher ist der objektiven Theorie deshalb die Anerkennung

[88] Meyer, a. a. O., S. 71. [89] Friebe, a. a. O., S. 841.
[90] Ebenso Witalinski, a. a. O., S. 37.
[91] So Meyer, a. a. O., S. 72; ähnlich Friebe, a. a. O., S. 83 ff.
[92] So auch Manigk, Die Voraussetzung des Eigenbesitzes, S. 320.
[93] Aehnlich äußert sich Manigk, a. a. O., S. 324 über die Würdigung des äußeren Sachverhalts, „der nur als Aeußerung einer inneren Willensrichtung des Besitzers richtig gedeutet werden kann".

zu versagen, weil sie auf einer falschen Grundlage aufbaut; sie begeht den methodischen Hauptfehler, den äußeren Sachverhalt als den materiell erheblichen Faktor hinzustellen und den tatsächlich primären Faktor in den Hintergrund treten zu lassen.[94]

Mit dieser Feststellung könnten wir die objektive Theorie auf sich beruhen lassen, wenn man nicht gegenüber der subjektiven Theorie den Vorwurf erhoben hätte, „daß sie unpraktisch sei" und „im Prozeß versage".[95] Die praktische Brauchbarkeit einer Theorie beweisen wir am treffendsten auf Grund von Fallentscheidungen. Daß in den Fällen, wo die äußeren Umstände eine sichere Deutung nicht zulassen, nur die subjektive Theorie eine befriedigende Lösung gewährleistet, ist bereits gewürdigt worden. Die Haltlosigkeit der gegnerischen Ansicht tritt aber erst recht in den prakisch wichtigeren Irrtumsfällen zutage; es sei hier auf das von Auerbach angeregte häufig besprochene Beispiel verwiesen: Jemand verwechselt ein ihm verpfändetes Opernglas mit seinem eigenen und benutzt es im Theater. Nach der objektiven Theorie spricht hier der äußere Anschein für den Eigenbesitz.[96] Richtiger Ansicht nach ist er aber Fremdbesitzer, da er den Eigentümer nicht von der Einwirkung ausschließt und dies nicht will.[97] Auch hier führt also die objektive Theorie zu ungesunden Ergebnissen. Schließlich sei noch auf den von unseren Gegner gemachten Vorwurf hingewiesen, die subjektive Theorie würde folgenden Fall falsch entscheiden: Der Besitzer eines Grundstückes behauptet, um sich der Haftung des § 836 B. G. B. zu entziehen, im Prozeß, er sei Fremdbesitzer des Grundstückes, er habe nicht den Eigenbesitzwillen. Sie folgern aus Manigks an die Lehre vom inneren Willen anknüpfender Bemerkung, der Besitzer „könnte zweifellos, trotzdem er die volle tatsächliche Herrschaft hat, behaupten, nur Fremdbesitz zu haben, und wäre dann auch als Fremdbesitzer anzusehen",[98] daß die subjektive Theorie dem Grundstücksbesitzer Fremdbesitz zuspreche.[99]

---

[94] So richtig: Manigk, Die Voraussetzungen des Eigenbesitzes, S. 324; Witalinski, a. a. O., S. 31.

[95] So Auerbach, a. a. O., S. 28; Friebe, a. a. O., S. 79 ff.; Rabel, a. a. O., S. 540.

[96] Auerbach, a. a. O., S. 24. A. M. nur Friebe, der § 903 B. G. B. entscheiden läßt.

[97] Ebenso Manigk, Die Voraussetzungen des Eigenbesitzes, S. 321; Witalinski, a. a. O., S. 34; Flierl, a. a. O., S. 9.

[98] Anwendungsgebiet, S. 110.

[99] So Auerbach, a. a. O., S. 27; Krebs, a. a. O., S. 30; Friebe, a. a. O., S. 82; Meyer, a. a. O., S. 65, S. 76.

Tatsächlich entscheidet aber die subjektive Theorie genau so.[100] Denn der Besitzer eines Grundstückes ist solange als Eigenbesitzer anzusehen, als nicht aus seinem Gesamtverhalten der Rückschluß auf das Fehlen des Eigenbesitzwillens möglich ist. Sein Vorbringen ist unbeachtlich, da er sich nicht auf Indizien für das Fehlen des Eigenbesitzwillens berufen kann.

Es bleibt noch übrig, den Vorwurf, die subjektive Theorie habe mit prozessualen Schwierigkeiten zu kämpfen, zu erwidern, Auerbach sucht uns durch die Fragestellung: „Wie soll denn auch das Vorhandensein bezw. Fehlen des animus domini bewiesen werden?" einzuschüchtern und meint, auch „der seiner Natur nach im äußersten Falle anzuwendende Eid" würde nicht immer helfen.[101] Auerbachs Angriff ist jedoch nur berechtigt, wenn er sich gegen den extremen Standpunkt Manigks von der Feststellung des inneren Willens richtet; das scheint auch der Fall zu sein. Sein Angriff ist aber gegenstandslos, wenn man der von den meisten Subjektivisten vertretenen Meinung folgt, daß aus dem Verhalten des Besitzers ein Rückschluß auf den Eigenbesitzwillen möglich sein muß. So bietet die Feststellung des Eigenbesitzes nach der subjektiven Theorie keine andere Schwierigkeit wie nach der objektiven. Einen Anhaltspunkt für das Vorliegen oder Fehlen des Eigenbesitzwillens geben die äußeren Umstände,[102] insbesondere die causa possessionis, bei deren Feststellung jedoch auch § 903 B. G. B. in tatsächlicher — nicht rechtlicher — Beziehung in Betracht zu ziehen ist. Nur ausnahmsweise braucht der Eid auszuhelfen. Auch die Beweislast ist nach beiden Theorien dieselbe. Wer sich auf Eigenbesitz beruft, hat an sich aus den tatsächlichen Umständen den Nachweis zu bringen. Der Beweis wird allerdings durch die gesetzliche Vermutung des § 1006, die jedoch durch den Nachweis, daß der Besitz als Fremdbesitz erworben wurde, entkräftet werden kann, erleichtert.[103] Nur dann, wenn ein untrügliches Indiz für den Eigenbesitzwillen nicht besteht, also „im äußersten Fall", muß man den Eid

---

[100] So Kress, a. a. O., S. 251; Manigk, Voraussetzungen des Eigenbesitzes, S. 322; Witalinski, a. a. O., S. 34. A. M.: Flierl, a. a. O., S. 10, der sich Manigks Standpunkt anschließt.

[101] a. a. O., S. 28.

[102] So die gesamte subjektivistische Literatur, ebenso R. G. Z., Bd. 54, S. 135.

[103] So auch Brodmann in Plancks Kommentar, Bemerk. III zu § 872; Kober, in Staudingers Kommentar, Bemerkung V a zu § 872 und Bemerkung I, 1 a zu § 1006; Wolff, in Jher. Jahrb., Bd. 44, S. 184; a. M.: Biermann, Bemerkung II zu § 872; Knauth, a. a. O., S. 20 ff.

zu Hilfe nehmen. Prozessuale Schwierigkeiten stellen sich somit nach der subjektiven Theorie nicht ein.

Wir sehen also, daß nur die subjektive Theorie richtig sein kann. Der objektiven Theorie kann man unmöglich folgen, da sie die Notwendigkeit bezw. Erheblichkeit des animus domini deshalb leugnet, weil sie die äußeren Umstände für erheblich hält und infolge dieses Grundfehlers, der eine übertriebene Wertung der äußeren Umstände bedingt, zu unhaltbaren Resultaten gelangt. Da aber auch noch die Gesetzesmaterialien sowie das System der Besitzlehre zugunsten der subjektiven Theorie sprechen, so müssen wir demjenigen Eigenbesitz zuschreiben, der eine Sache mit dem Willen, sie wie ein Eigentümer zu haben, besitzt.[104]

§ 8.

Eigenbesitz ohne Eigenbesitzwillen?

Von verschiedenen Anhängern der subjektiven Theorie wird aber behauptet, daß nicht stets zum Eigenbesitz ein Eigenbesitzwille erforderlich sei; es gebe auch Fälle, in denen der äußere Sachverhalt nicht Indiz für den Willen sei, sondern ausnahmsweise selbst infolge des Nichtvorhandenseins dieses Willens als einziger erheblicher Faktor den Eigenbesitz bestimmen könnte. Ob und inwiefern diese Behauptung gerechtfertigt ist, wird die nähere Betrachtung zeigen.

Bei der Behandlung des Besitzes haben wir nur einen Fall konstatiert, in dem Besitz ohne Besitzwillen entsteht; diese vom Gesetz statuierte Ausnahme bietet der Erbfall. Soll nun der Erbe,

---

[104] So außer dem Reichsgericht der weitaus größte Teil der Schriftsteller, z. B. Achilles-Greiff, Bemerk. I zu § 872; Affolter, a. a. O., S. 9; Biermann, Bemerkung II zu § 872; Brodmann, in Plancks Komm., Bemerk. II b zu § 872; Breit, Geschäftsfähigkeit, S. 237; Crome, Bd. III, § 344, Anm. 2; Cosack, Bd. II, § 5, I; Dittenberger, a. a. O., S. 46, S. 103; Eck, Bd. II, § 1, S. 6; Eltzbacher, a. a. O., S. 217; Endemann, Bd. II, 1. Abt., § 30, 2; Flierl, a. a. O., S. 12 ff.; Goldmann-Lilienthal, Bd. II, § 7, 5; Greiff, in Plancks Komm., Bemerk II b zu § 872; Hempowicz, a. a. O., S. 19; Jsay, Zur Lehre von der Willenserklärung in Jher. Jahrb., Bd. 44, S. 45 ff.; Kipp, in der Zeitschr. f. d. gesamte Handelsrecht, Bd. 54, S. 609; Knauth, a. a. O., S. 8 ff.; Kniep, a. a. O., S. 17, 104; Kober, in Staudinger Komm., Bemerk. 2 a zu § 872; Kress, a. a. O., S. 244 ff.; Kretschmar, Bemerk. II zu § 872; Kurts, a. a. O., S. 36; Landsberg, II. Hälfte, § 173, 3 a; Lorenz, a a. O., S. 33 ff.; Manigk, Anwendungsgebiet, S. 108 ff.; derselbe, Die Voraussetzungen des Eigenbesitzes, S. 316 ff.; derselbe, W. E. und W. G., S. 546; Matthias, Bd. II, § 2, II a; Meisner, Bemerk. zu § 872; Neumann, Bemerk. I zu § 872; Rehbein, Vorbem. A 1 vor § 104; R. G. R. G., Bemerk. I, Abs. 1 zu § 872; Rosenberg, Bemerk. I, 3 zu § 872; Scherer, Sachenrecht, S. 14 unter Nr. 23; Turnau-Förster, Bemerk. 2 zu § 872; Strohal, Der Sachbesitz in Jher. Jahrb., Bd. 38, S. 13; Wendt, a. a. O., S. 104 ff.; Witalinski, a. a. O., S. 38.

der, ohne von der Erbschaft zu wissen, Besitz erwirbt, damit auch Eigenbesitzer werden, also ohne Eigenbesitzwillen? Man braucht nicht die geringsten Bedenken zu tragen, um dies zu bejahen; denn mit dem Erbfall geht der Besitz in der Qualifikation, wie er zu Lebzeiten des Erblassers bestanden hat, auf den Erben über.[105] Dieser Gedanke liegt dem § 857 B. G. B. zugrunde. Der Erbe erhält also Eigenbesitz an den Sachen, an denen dieser dem Erblasser zustand. Der Eigenbesitzerwerb tritt hier deshalb unabhängig vom Willen ein, weil die Rechtsordnung, die einem Toten keinen Besitz zuschreiben kann, darauf bestehen muß, daß „der Erbe den Erblasser unmittelbar als Besitzsubjekt ersetzt"[106]. Maßgebend für den Eigenbesitzerwerb ist also hier die Rechtsordnung, nicht etwa der äußere Sachverhalt.

Rosenberg[107] aber, der Eigenbesitz ohne Willen stets dann entstehen läßt, wenn Besitz ohne Willen entsteht, geht noch über die Ausnahme des Erbfalles hinaus, da er den Besitzwillen nicht für ein wesentliches Erfordernis des Besitzes hält. Als eifriger Verteidiger von Rosenbergs Meinung tritt uns Witalinski[108] entgegen, der als einziger mit einer eingehenden Begründung hervortritt und uns zu einer Stellungnahme herausfordert. Seine Argumentation, die uns deshalb stark interessiert, weil ihr Ergebnis, wenn es richtig wäre, den von uns aufgestellten Eigenbesitzbegriff erheblich erschüttern würde, ist wert, hier wiedergegeben zu werden: „Es mag noch hingehen, daß die Vertreter des Besitzwillens in Grenzfällen einen sogenannten generellen Erwerbswillen annehmen. Die Ausdehnung dieser Konstruktion auf den Eigenbesitzwillen muß jedenfalls abgelehnt werden, da sie zu der Wirklichkeit widersprechenden Fiktionen führen würde. Es mag noch verständlich erscheinen, bei einer Sache, von deren Erwerb man kaum etwas weiß, einen Besitzerwerbswillen anzunehmen. Man würde aber zu weit gehen, wenn man in solchen Fällen bereits die Möglichkeit einer Differenzierung des Willens zum Eigenbesitzwillen annehmen wollte. Befriedigend ist allein die Erklärung, daß in derartigen Fällen ein Eigenbesitzwille nicht vorhanden sein kann. Wendet man die sub-

---

[105] So auch Brodmann in Plancks Komm., Bemerk. 4 a zu § 872; Kober, in Staud. Komm., Bemerk. 5 a zu § 872; Kress, a. a. O., S. 190; Witalinski, a. a. O., S. 47; Wolff, Sachenrecht, § 7, I, 2; vergl. auch Prot., Bd. II, S. 651.

[106] Kober, in Staud. Komm., Bemerk. I, 2 zu § 857.

[107] Bemerk. I, 1 zu § 872; ebenso Wolff, Sachenrecht, § 7, I, 2, der jedoch Besitzerwerb ohne Willen nur beim Erbfall eintreten läßt und daher nichts außergewöhnliches fordert.

[108] a. a. O., S. 46.

jektive Theorie auf diese Fälle an, so scheint es zunächst, als ob das Vorhandensein des Eigenbesitzes verneint werden müßte. Ein Wille jemandes, eine Sache als ihm gehörend zu besitzen, fehlt hier ja stets. Und doch ist dieser Schluß nicht notwendig; wenn die subjektive Theorie für den Eigenbesitz den animus domini fordert, dann setzt sie m. E. stillschweigend voraus, daß der Besitzer überhaupt die Möglichkeit hat, den Eigenbesitzwillen zu haben. Für Fälle, in denen diese Möglichkeit fehlt, wird nach neuen Unterscheidungsmerkmalen gesucht werden müssen, mit deren Hilfe sie in die Gruppen Eigen- bezw. Frembesitz eingereiht werden können. Es kann kein Zweifel sein, daß hierfür nur die äußeren Umstände entscheidend sein können. Wollte man alle derartigen Fälle zum Fremdbesitz rechnen, wie es die extreme subjektive Theorie tun muß, so würde man der Auslegung des § 872 nicht gerecht werden. Denn aus dem Wortlaut dieses Paragraphen geht ja noch nicht einmal . . . hervor, daß ausnahmslos ein Wille vorhanden sein muß". Witalinskis Ausführungen vermögen uns aber nicht zu überzeugen. Er verkennt völlig das Wesen des generellen Besitzerwerbswillens, wenn er ihn für konstruiert, ja sogar fingiert hält. Daß wir anderer Meinung sind, ist bereits oben bei der Erörterung des Besitzes zum Ausdruck gebracht worden; der generelle Erwerbswille ist m. E. ein im voraus gefaßter, tatsächlich vorhandener Wille, der sich auf den Besitzerwerb solcher Sachen, die dem Willensinhalt entsprechen, bezieht. Zur näheren Erläuterung sei auf die von den Motiven angeregte Briefkastenfrage, bei der wir den typischen Fall eines generellen Besitzerwerbes sehen, hingewiesen. Der von mir angebrachte Briefkasten hat die Zweckbestimmung, nur die an mich gerichteten Briefe, Zeitungen usw. für mich aufzunehmen. Schon mit der Anbringung des Kastens offenbare ich den Willen, alle ordnungsgemäß, d. h. dem Zweck des Kastens entsprechend, hineingeworfenen Sachen in Besitz zu nehmen; ich habe also schon im voraus den generellen Besitzerwerbswillen und erwerbe den Besitz an den in den Kasten ordnungsgemäß hineingeworfenen Gegenständen, in dem Augenblick, wo jemand nach meinem durch die Anbringung des Kastens getätigten Willen einen für mich bestimmten Gegenstand in den Kasten wirft.[109] Daß ich in diesem Augenblick noch nichts von dem Besitzerwerb weiß

[109] So speziell zu diesem Beispiel: Kniep, a. a. O., S. 98; Kober, in Plancks Komm., Bemerk. I, 2 b zu § 854; Kress, a. a. O., S. 148; Rape, S. 13, S. 16; R. G. R. K., Bemerk. III zu § 854; v. Wendt, a. a. O., S. 90.

und nicht selbst die Besitzerwerbshandlung vornehme, hindert den Besitzeintritt nicht. Witalinski begeht aber, wenn er behauptet: „Es mag noch verständlich erscheinen, bei einer Sache, von deren Erwerb man kaum etwas weiß, einen Besitzerwerbswillen anzunehmen", den Fehler, aus der Unkenntnis des Besitzerwerbes auf das Fehlen des Besitzerwerbswillens zu schließen,[110] und muß demgemäß, wenn er einen generellen Erwerbswillen gelten lassen will, diesen Willen fingieren. Nebenbei sei erwähnt, daß aber auch diejenigen, die den generellen Willen richtig auffassen, zuweilen den Bogen überspannen und einen generellen Willen da annehmen, wo er in Wirklichkeit fingiert ist. So nimmt Frank[111] einen auf die Wohnung Bezug nehmenden generellen Willen an, „weil ich meiner Wohnung die Bestimmung gegeben habe, mir an allem, was für mich ihrem Schutz anvertraut wird, die Sicherheit wirtschaftlicher Nutzung zu verschaffen". Daß ein Besitzwille dann vorhanden ist, wenn bestellte Waren in der Wohnung niedergelegt werden, läßt sich nicht bestreiten.[112] Darüber hinaus ist aber Franks Ansicht falsch, da ein Besitzwille fingiert werden müßte. In den Fällen fingierten Willens besteht aber kein Bedürfnis, dem Erwerber Besitz zuzusprechen, zumal der Erwerb für ihn meistens ohne Interesse ist; es entsteht nur eine zufällige Inhabung, die für unsere Erörterung bedeutungslos ist. Ob Witalinski auch diese Fälle in den Kreis seiner Betrachtung gezogen wissen will, mag zweifelhaft sein, ist aber trotz seiner ungeheuerlichen Forderung, auf Grund der äußeren Umstände entweder Fremd- oder Eigenbesitz entstehen zu lassen, wohl anzunehmen, da er den „Besitz ohne Möglichkeit einer Differenzierung des Willens" schlechthin meint;[113] jedenfalls führt diese Ansicht zu einem durchaus unbefriedigenden Ergebnis. Wenn man dagegen den generellen Besitzerwerbswillen nur dann gelten läßt, wenn er wirklich vorhanden ist oder wenigstens ein Rückschluß auf sein Bestehen möglich ist, dann werden Witalinskis Ausführungen gegenstandslos. Regelmäßig wird sich der generelle Besitzerwerbswille, d. h. vorausgesetzt, daß die äußeren Umstände den Rückschluß zulassen, auch als ein Eigenbesitzwille darstellen und daher

---

[110] Denselben Fehler begehen auch Dittenberger a. a. O., S. 95, Note 2; Höpker-Aschoff, a. a. O., S. 32.

[111] a. a. O., S. 14; scheinbar auch Manigk, W. E. und W. G., S. 655.

[112] So auch Kober in Plancks Komm., Bemerk. I, 2 b, Abs. 3 zu § 854; Kress, a. a. O., S. 148, Ziff. 5; Raape, a. a. O., S. 15; R. G. R. K., Bemerk. III zu § 854; v. Wendt, a. a. O., S. 91 ff.

[113] a. a. O., S. 47.

Eigenbesitz entstehen. Somit ist Rosenbergs und Witalinskis Ansicht, wonach in diesem Falle Eigenbesitz ohne Willen entsteht, abzulehnen.

Nach Witalinski liegt aber auch Eigenbesitz ohne Willen vor, wenn die äußeren Umstände, ohne daß der Besitzer den animus domini hat, eindeutig für Eigenbesitz sprechen und der Besitzer sich auf Indizien für das Fehlen des animus nicht berufen kann.[114] Den Beweis sucht er aus dem Entgegengesetzten zu erbringen und stützt sich auf ein Beispiel Dernburgs: „Wer sich z. B. als angeblicher Testamentsvollstrecker in den Besitz einer Sache setzte, wird nicht Eigenbesitzer, ungeachtet er wußte, daß er nicht zum Testamentsvollstrecker ernannt war, auch wenn seine geheime Absicht von Anfang darauf hin, sich die Sache diebischerweise anzueignen".[115] Wir geben zu, daß das Resultat richtig ist; aber das Beispiel ist nicht im geringsten geeignet, die zu Beweis stehende Behauptung irgendwie zu erhärten. Die geheime Absicht des Testamentsvollstreckers ist doch nichts anderes wie ein innerer, verborgen gebliebener Eigenbesitzwille, der für die Beurteilung seiner Besitzstellung überhaupt keine Rolle spielt.[116] Da dieser Wille das Verhalten des Besitzers nicht so beeinflußt hat, daß dieses einen Rückschluß auf den Eigenbesitzwillen zuließe, so ist daher allein seine Stellung als Testamentsvollstrecker maßgebend, und deshalb ist er Fremdbesitzer. Dasselbe gilt natürlich auch umgekehrt von dem verborgen gebliebenen Fremdbesitzwillen des Eigenbesitzers. Dieses Ergebnis besagt nichts außergewöhnliches. Wenn Witalinski aber behauptet, in diesen Fällen läge Eigenbesitz ohne entsprechenden Willen vor, so bedient er sich zum mindesten einer technisch fehlerhaften Ausdrucksweise; denn spricht die äußere Sachlage eindeutig für Eigenbesitz, so war ursprünglich zur Herstellung des Eigenbesitzstandes ein Eigenbesitzwille betätigt worden, und demgemäß besteht der Eigenbesitz so lange, als nicht durch die Betätigung des Fremdbesitzwillens — das Vorhandensein allein genügt nicht! — die äußere Sachlage geändert wird. In Wirklichkeit ist für die Feststellung der Besitzposten der äußerlich noch erkennbare Eigenbesitzwille, nicht der bereits innerlich vorhandene Fremdbesitzwille maßgebend; der Besitzer kann sich nur deshalb auf das

[114] a. a. O., S. 44 ff.

[115] Bd. III, § 12, 2; ebenso Manigk, Anwendungsgebiet, S. 155, unter Berufung auf § 116 B. G. B.; ferner Voraussetzungen des Eigenbesitzes, S. 323, wo er die äußeren Umstände entscheiden läßt.

[116] So auch Manigk, Voraussetzungen des Eigenbesitzes, S. 323.

Fehlen des Eigenbesitzwillens nicht berufen, weil dieser Wille für die Außenwelt noch als vorhanden gilt und der entgegengesetzte Wille noch nicht getätigt ist. Witalinski hat also Unrecht, wenn er hier das Entstehen und Bestehen des Eigenbesitzes allein darauf zurückführt, daß die äußeren Umstände eindeutig für Eigenbesitz sprechen. Den Standpunkt Witalinskis teilt im Prinzip auch Rosenberg,[117] wenn er meint, der Wille des Besitzers komme dann nicht in Frage, wenn objektive Merkmale für das Bestehen oder Nichtbestehen des Eigenbesitzes sprechen. Dies trifft, wie wir soeben gesehen haben, jedoch nur auf den zwar geänderten, aber noch nicht betätigten Besitzwillen zu. Da Rosenberg das Fortbestehen des vorher betätigten Eigenbesitzwillens aber nicht anerkennen will, so macht er sich desselben Fehlers schuldig wie Witalinski. Ueberdies enthält seine Ansicht noch die Verallgemeinerung, daß der Eigenbesitzwille überhaupt nicht in Frage komme, wenn objektive Merkmale für Eigenbesitz sprechen, daß also sogar die Entstehung des Eigenbesitzes ohne Eigenbesitzwillen möglich sei. Damit stellt er sich — scheinbar unbewußt — auf den Boden der objektiven Theorie[118]. Eine Stellungnahme hierzu erübrigt sich daher.

Rosenberg[119] und Kohler[120] glauben ferner, Eigenbesitz werde dann begründet, wenn der Besitzer Eigentümer werde, ohne davon zu wissen. Gemeint sind hier besonders die Fälle, in denen der Eigentumserwerb von einer aufschiebenden Bedingung abhängig gemacht ist. Da hier im Einklang mit der herrschenden Meinung anzunehmen ist, daß der Besitzer vor dem Eintritt des Eigentumsüberganges vorerst nur auf Zeit — bis zum Ausfall der Bedingung — zum Besitz berechtigt ist, mithin unmittelbarer Besitzer ist[121], so spricht die causa possessionis für Fremdbesitz[122]. Der Ansicht von Rosenberg und Kohler können wir jedoch nicht beitreten, einerseits deshalb, weil der Besitzer im Augenblick des Eigentumserwerbs, sofern er hiervon nichts weiß, den Eigenbesitzwillen noch nicht betätigt haben kann und daher die Voraussetzungen des § 872

---

[117] Bemerk. I, 1 zu § 872.
[118] So auch Witalinski, a. a. O., S. 45.
[119] Bemerk. I zu § 872.
[120] Vertrag und Uebergabe im Archiv für bürgerl. Recht, Bd. 18, S. 100.
[121] So Kober in Staudingers Kommentar, Bemerk. III, 2 H zu § 868; ferner Dernburg, Bd. II, § 102; Kniep, a. a. O., S. 256; Neumann, Bemerk. zu § 868; Wolff, Sachenrecht, § 8; R. G. Z., Bd. 54, S. 397; Bd. 69, S. 197; Bd. 95, S. 105. A. M.: Biermann, Bemerk. zu 868; Brodmann, in Plancks Komm., Bemerk. 2 b zu § 868; Endemann, Bd. II, § 32, Note III.
[122] So die in der vorhergehenden Note genannten Kober und Kniep, ferner R. G. Z., Bd. 95, S. 105.

B. G. B. noch nicht erfüllt sind, andererseits aus der Erwägung heraus, daß es dem Erwerber des Eigentums, da er Eigentumsschutz genießt, ganz gleichgültig sein kann, ob er gleichzeitig Eigenbesitz erwirbt und demnach ein Bedürfnis, ihm von vornherein possessorischen Schutz zu gewähren, nicht besteht. Erst wenn er von dem Eigentumserwerb Kenntnis erlangt, kann er den Eigenbesitzwillen betätigen und wird dadurch Eigenbesitzer. Dasselbe gilt m. E. aber auch beim Eigentumserwerb nach § 911 B. G. B.; solange der Eigentümer des Nachbargrundstücks bezw. der gemäß § 956 B. G. B. berechtigte keine Kenntnis vom Eigentumserwerb hat, hat er noch keinen Besitz[123], mithin auch keinen Eigenbesitz. Hier liegt also der außergewöhnliche Fall vor, dem übrigens keine besondere praktische Bedeutung zukommt, daß der Eigentümer, solange er vom Eigentumserwerb keine Kenntnis hat, Fremdbesitzer ist[124].

Das Bestreben einiger Subjektivisten, ausnahmsweise Eigenbesitz entstehen zu lassen, wenn kein Eigenbesitzwille vorliegt, ist somit, wenn man von der gesetzlich statuierten Ausnahme des Eigenbesitzerwerbs durch Erbfall, der obendrein für den Gegenstand unserer Untersuchungen, die Aneignung, völlig bedeutungslos ist, absieht, durch nichts gerechtfertigt. Wir haben festgestellt, daß es sich bei den Fällen, auf die sich ihre Beweisführung stützt, in Wirklichkeit um solche Fälle handelt, wo entweder Eigenbesitz entsteht, weil ein entsprechender Wille vorhanden ist, oder dieser nicht entsteht, weil ein entsprechender Wille fehlt. Es ist daher daran festzuhalten, daß zum Wesen des Eigenbesitzes der animus domini gehört.

§ 9.

Das Wesen des Eigenbesitzwillens.

Um die Rechtsnatur der Aneignung ergründen zu können, ist die Feststellung des Wesens des Eigenbesitzwillens unumgänglich. Dieser Wille enthält im Gegensatz zum Besitzwillen durch das Moment „als ihm gehörend" eine besondere Qualifizierung des zwischen Person und Sache bestehenden Herrschaftsverhältnisses. Er ist nicht zu verwechseln mit dem unmittelbaren, an die Vor-

[123] A. M. sind Kober in Staudingers Kommentar, Bemerk. I b zu § 911 und v. Wendt, a. a. O., S. 86 ff., die den Besitzerwerb an den Eigentumserwerb knüpfen, weil die abgefallenen Früchte als im Besitze des Nachbarn gelten müßten. Ein Beitzschutz des Nachbarn ist aber, wie soeben dargelegt, nicht erforderlich.

[124] Ebenso Witalinski, a. a. O., S. 47, ohne nähere Begründung.

nahme der Handlung anknüpfenden Willen; dieser Handlungswille, (der stets vorliegt, wenn eine Handlung vorliegt), ist zwar vorhanden, hat aber mit dem Eigenbesitzerwerb und dem durch den Erwerb geschaffenen Zustand nicht das geringste zu tun, da er lediglich auf die Vornahme der corpus-Handlung selbst gerichtet ist. Auf den Eintritt der mit dem Eigenbesitz verbundenen Rechtswirkungen muß aber ein gewisser von inneren Vorgängen abhängender Wille gerichtet sein. Während z. B. der Spezifikant, um Eigentum zu erwerben, nur die Verarbeitung zu wollen braucht, muß der Eigenbesitzer mehr wollen als die Erlangung des corpus. Damit ist aber dieser mittelbare Wille noch nicht hinreichend charakterisiert; er kann sowohl ein Rechtserfolgswille als auch ein Wille, der die gewollte Handlung irgendwie sonst rechtlich qualifiziert, sein. Ob das eine oder andere zutrifft, darüber herrscht nun unter den Anhängern der subjektiven Theorie Streit. Da diese Streitfrage besonders eingehend von denjenigen Autoren, die behaupten, der Eigenbesitzwille sei ein auf einen Rechtserfolg gerichteter Wille, behandelt wird, so nehmen wir am zweckmäßigsten deren Erörterungen zum Ausgangspunkt unserer Untersuchung.

Der hervorragendste Vertreter dieser Richtung ist Manigk; seine Ansicht stützt sich auf etwa folgenden Gedankengang[125]: Der Eigenbesitz erscheint in drei verschiedenen Formen, und zwar als Besitz des Eigentümers, gutgläubiger und bösgläubiger Eigenbesitz. In allen drei Fällen ist der Wille des Eigenbesitzers, der mit dem animus domini der gemeinrechtlichen Lehre identisch ist, derselbe; er ist darauf gerichtet, jeden Dritten von der Einwirkung auf die Sache auszuschließen und kein besseres Recht eines anderen anzuerkennen. Die Verschiedenheit der drei Arten des Eigenbesitzes bestehe lediglich in der opinio, d. h. der Ueberzeugung von dem Eintritt des vorgestellten Erfolges. So unterscheidet sich der gutgläubige Eigenbesitzer nur durch die opinio dominii von dem bösgläubigen, der die opinio non dominii besitzt. Wer die Qualität des Eigenbesitzwillens als eines Rechtsfolgewillens leugnet, verwechselt animus und opinio, da er die Ueberzeugung vom Eintritt des Erfolges fälschlich zum Gegenstand des Willens macht und so zu dem Ergebnis kommt, der Wille des gutgläubigen Eigenbesitzers sei ein anderer wie der des bösgläubigen. In Wirklichkeit ist aber der animus stets derselbe; „beim bösgläubigen Erwerb steht

[125] Anwendungsgebiet, a. a. O., S. 129 ff.; ferner Voraussetzung des Eigenbesitzes, S. 324, W. E. und W. G., S. 541 ff.

der animus lediglich neben der Kenntnis eines besseren Rechts, d. h. neben der opinio non dominii. Das Recht des Eigentümers will der Erwerber überwinden, indem er in dasselbe eintreten will[126]." Andererseits ist aber auch der Eigenbesitzwille mit dem Eigentumserwerbswillen identisch. Die gegnerische Ansicht, die die Identität leugnet, läßt sich lediglich von einem „irreführenden Dualismus im Sprachgebrauch dieser Ausdrücke" leiten. Während man vom „Eigenbesitzerwerbswillen" besonders dann spricht, wenn der Rechtseffekt dem Willen entsprechend im Erwerb des Eigentums besteht, so gebraucht man, wenn kein Eigentum, sondern nur Eigenbesitz entsteht, fälschlich den Ausdruck „Eigenbesitzwille". Der Fehler besteht darin, daß man die Verschiedenheit des Erfolges nach innen projiziert und eine entsprechende Verschiedenheit des Willens annimmt. Nicht von dem Willen des Handelnden, sondern von der objektiven Rechtslage hängt es ab, ob Eigentum oder Eigenbesitz entsteht. „Der Dieb erhält kein Eigentum, nicht weil er es nicht will, sondern weil seine Erwerbshandlung — was er auch weiß — vitiös ist. Der gutgläubige Besitzer erhält ebenfalls seinem animus domini zum Trotz kein Eigentum, weil der zugrundeliegende Erwerbsakt — was er nicht weiß, vitiös ist. Nur dann, wenn jeder Mangel im Tatbestande des Erwerbsaktes fehlt, entsteht, dem Willen des Handelnden entsprechend, Eigentum — selbst wenn er es nicht weiß[127]." Es ist daher für den Rechtserfolg gleichgültig, ob der Handelnde als ihm gehörend besitzen oder Eigentum erwerben will; man würde also den Wortlaut des § 929 B. G. B. juristisch nicht erheblich ändern, wenn man das Wort „Eigentum" mit „Eigenbesitz" vertauschen würde, wie man durch eine entgegengesetzte Fassung: „Wer das E i g e n t u m einer Sache will, ist Eigenbesitzer" den § 872 B. G. B. ebenso wenig verändern würde[128].

Diese scharfsinnigen Ausführungen Manigks wirken so überzeugend, daß man meinen sollte, ein Versuch, ihnen zu widersprechen, sei so gut wie ausgeschlossen. Aber dennoch hat Witalinski sie zu entkräften gesucht. Er erkennt zwar an, daß das, was Manigk über den „Dualismus im Sprachgebrauch" sagt, richtig sei: „Es wäre falsch, beim gutgläubigen Eigenbesitzer einen anderen Willen als beim Eigentumserwerber anzunehmen, da hier lediglich eine Verschiedenheit in der objektiven Rechtslage besteht. Das ist eine so selbstverständliche Wahrheit, daß es kaum denkbar er-

[126] Anwendungsgebiet, S. 131.
[127] a. a. O., S. 131. [128] a. a. O., S. 134, S. 136 f.

scheint, daß sie jemals bestritten worden ist[129]." Dem ist durchaus beizupflichten. Wenn daher der Eigenbesitzwille definiert wird als der Wille, „die dem Inhalt des Eigentums entsprechende Stellung zur Sache[130]", oder „die diesem Recht entsprechende Stellung zur Sache"[131] oder „die tatsächliche Stellung des Eigentümers"[132] einzunehmen, so ist diese Terminologie nur so zu verstehen, daß hier ein Mindesterfordernis aufgestellt wird[133], daß man aber andererseits, worauf Manigk mit Recht hinweist, den Ausdruck Eigentumserwerbswillen deshalb vermieden hat, weil man ihn gewöhnlich nur dann gebraucht, wenn zugleich auch die opinio dominii gegeben ist[134]. Obwohl nun Witalinski Manigks Ausführungen über den Dualismus im Sprachgebrauch anerkennt, bezweifelt er im übrigen ihre Richtigkeit[135]: Der Eigenbesitzwille sei nicht der Wille, das Eigentum zu erlangen. Letzterer bestehe darin, daß der Erwerber das dem Wesen des Eigentums entsprechende Recht erlangen will. „Sein Wille muß also nicht nur darauf gerichtet sein, jeden anderen von der Sache auszuschließen und kein besseres Recht eines anderen anzuerkennen, sondern weiterhin darauf, diese Tätigkeit auch ausüben zu dürfen. Erst wenn dieses letztere Element hinzukommt, will der Betreffende das Recht, das Eigentum. Der animus domini, so wie ihn auch Manigk definiert, ist also lediglich der Wille, die tatsächliche Stellung des Eigentümers zu erlangen und sie in Zukunft zu behalten, nicht aber bereits der Wille, das Eigentum zu erlangen[136]". Hieraus schließt Witalinski, daß sich die Gegner keiner Verwechslung von animus und opinio schuldig machen, da der Eigentümer und der gutgläubige Eigenbesitzer einen anderen Willen habe als der bösgläubige Eigenbesitzer. Die Verschiedenheit der Ueberzeugung bewirke somit auch eine Verschiedenheit des Willensinhalts. Der Wille des Eigentümers und gutgläubigen Eigenbesitzers müsse, wenn er auf die Erlangung des

---

[129] a. a. O., S. 41.

[130] So z. B. Kober in Staud. Komm., Bemerk. 2 a zu § 872; ebenso Motive, Bd. III, S. 82.

[131] So Brodmann (ebenso Greiff in der früh. Aufl.) Bemerk. II zu § 872.

[132] So das Reichsgericht in der juristischen Wochenschrift 1916, S. 40 und Zeitschr. f. Rechtspfl. in Bayern 1923, S. 18 und S. 148, sowie die meisten Subjektivisten.

[133] So auch Witalinski, a. a. O., S. 41 f.

[134] W. E. und W. G., S. 545. Daß Manigk auch dann, wenn die opinio dominii fehlt, schlechthin vom Eigentumserwerbswillen spricht (Anwendungsgebiet, S. 131), halte ich im Gegensatz zu Rümelin, a. a. O., S. 167, Note 1, nicht für bedenklich.

[135] Witalinski, a. a. O., S. 40 f. [136] a. a. O., S. 40.

Eigentums gerichtet sein soll, darauf gehen, die Sache allein zu haben und zu behalten, als auch darauf, sie haben und behalten zu dürfen. Diesen Willen, also den Eigentumserwerbswillen, habe dagegen der bösgläubige Eigenbesitzer regelmäßig nicht, weil er ja die Kenntnis oder wenigstens die Ueberzeugung von dem Bestehen eines besseren Rechts habe[137]; es sei aber auch möglich, daß dieser den Willen, das Eigentum zu erlangen, habe. Nur in diesem Falle zeige sich die von Manigk hervorgehobene Unabhängigkeit von animus und opinio; für den Regelfall träfe sie jedenfalls nicht zu.

Die Argumentation Witalinskis entbehrt jedoch der Schlüssigkeit. Hatte er bei der Stellungnahme zu Manigks „Dualismus im Sprachgebrauch" geäußert, es sei falsch, beim gutgläubigen Eigenbesitzer einen anderen Willen als beim Eigentumserwerb zu fordern, so betont er jetzt, daß der Eigenbesitzwille mit dem Eigentumserwerbswillen nicht identisch sei. Während er dort ihre Verschiedenheit in der objektiven Rechtslage begründet sieht, behauptet er hier, daß der Eigentumserwerbswille gegenüber dem Eigenbesitzwillen ein weiteres Essentiale enthalten müsse, nämlich den Willen, die sich aus dem Inhalt des Eigentums ergebende Tätigkeit auch ausüben zu dürfen. Dieser gewaltige Widerspruch hat seinen Grund scheinbar darin, daß Witalinski Manigks Ausführung über den Dualismus mißverstanden hat. Denn gerade, weil er die Auffassung, daß der Eigenbesitzwille mit dem Eigentumserwerbswillen identisch sei, so energisch bekämpft, besteht die Vermutung, daß er diese Auffassung als nicht mit seinen ersteren Ausführungen im Widerpruch stehend gehalten hat. Wir sind daher genötigt, auch zu den gegen Manigk gerichteten Angriffen Stellung zu nehmen.

Witalinskis Forderung, daß der Eigentumserwerbswille auch den Willen, die Sache haben und behalten zu dürfen, enthalten müsse, kann keinesfalls anerkannt werden. Wenn der Erwerber des Eigentums die opinio dominii, also die Ueberzeugung, „daß ein Hindernis zum rechtmäßigen Erwerb nicht entgegenstehe[138]", hat, so folgt daraus nicht, daß diese ein Wissensmoment enthaltende opinio dahin den Eigentumserwerbswillen beeinflussen wird, daß notwendig das Moment der Rechtmäßigkeit zum Gegenstand des Willens wird. Aus dem gesamten System des B. G. B. geht m. E. hervor, daß nirgends das Moment des Erlaubtseins der Handlung

[137] Ebenso Hölder in Jher. Jahrbüchern, Band 58, S. 142.
[138] Manigk, W. E. und W. G., S. 544.

Tatbestandsmerkmal des Rechtsgeschäfts und infolgedessen Gegenstand des Rechtserfolgswillens ist. Es sei darauf verwiesen, daß die Rechtsgeschäfte der §§ 134 und 138 B. G. B. nicht etwa Nichtrechtsgeschäfte, sondern trotz ihres Charakters als unerlaubter Handlung Rechtsgeschäfte, freilich unwirksame und nichtige, sind, daß ferner in § 932 Abs. 2 B. G. B. der Nichteintritt der Rechtswirkung an die Kenntnis oder grobfahrlässige Unkenntnis, also ein Wissensmoment geknüpft wird. Abgesehen davon, daß auch kein rechtliches Bedürfnis besteht, das Moment, im Rahmen des Gesetzes tätig werden zu dürfen, zum Willensinhalt zu erheben, ist diese Forderung nicht einmal psychologisch gerechtfertigt; im Gegenteil ist gerade anzunehmen, daß der von der Rechtmäßigkeit des Erwerbsaktes überzeugte Erwerber gerade mit Rücksicht auf das Bestehen der opinio dominii sich gar nicht bewußt wird, daß sein Handeln überhaupt im Widerspruch mit der Rechtsordnung stehen könnte; demnach wird sein Streben nach dem Rechtserfolg nicht noch obendrein den Willen, den Erfolg auch erstreben zu dürfen, enthalten. Ebenso wenig läßt sich dies von der opinio non dominii behaupten; der bösgläubige Erwerbswille, der animus furandi, ist nicht darauf gerichtet, die Sache auf einem unrechtmäßigen Wege erlangen zu wollen. In beiden Fällen ist der Willensinhalt nicht von der opinio abhängig, das Ziel des Wollens ist dasselbe. Die von Witalinski betonte Verquickung von animus und opinio und die dadurch bedingte Verschiedenheit des beim gutgläubigen und beim bösgläubigen Erwerber vorhandenen Willens besteht also in Wirklichkeit nicht. Manigks Ansicht über die Identität des Eigenbesitz- und des Eigentumserwerbswillens sowie seine Folgerung, der Eigenbesitzwille sei ein Rechtserfolgswille, ist somit voll und ganz zu billigen.

Manigks Standpunkt wird von vielen Schriftstellern geteilt[139], die sich jedoch größtenteils eng an seine Ausführungen anlehnen oder auf eine nähere Begründung überhaupt verzichten. Auf halbem Wege bleiben dagegen diejenigen Schriftsteller stehen, die den Eigenbesitzwillen wohl als rechtlich erheblichen Willen, nicht aber

---

[139] J. Breit, Geschäftsfähigkeit, S. 133 ff., S. 261; Crome, Bd. II, § 410 I, 1 b; Dittenberger, a. a. O., S. 92; Flierl, a. a. O., S. 13 f.; Hempowicz, a. a. O., S. 21 ff.; Jacobi, a. a. O., S. 77; Kober, in Staud. Komm., Bemerk. II a zu § 872, Bemerk. II a zu § 958; Kress, a. a. O., S. 247 f.; Kurts, a. a. O., S. 35 f.; Lorenz, a. a. O., S. 36; Matthiass, Bd. II, § 2 II a, § 25 II; Rehbein, Vorbemerk. A 1 vor § 104; Rümelin, a. a. O., S. 167; R. G. R. K., Bemerk. I Abs. 2 zu § 872; Fr. Schmidt, a. a. O., S. 7 ff.

als Rechtserfolgswille gelten lassen wollen[140]. Während die meisten sich hierzu durch die allgemeine Erwägung, daß der Eigenbesitzwille häufig in der Form des Eigentumserwerbswillens vorkomme, haben bestimmen lassen, gibt Dittenberger[141] eine spezielle Begründung; er nimmt an, auf die Herbeiführung der dem Eigentumsrecht entsprechenden Stellung zur Sache könne der Wille nur dann gerichtet sein, wenn der wollende eine Vorstellung von diesem Recht hat[142]. Wenn Witalinski hiergegen einwendet: „Es muß genügen, daß der Wille des Eigenbesitzers einen derartigen Inhalt hat, daß er sich auf Grund einer Prüfung von dritter Seite als ein Wille, die dem Inhalt des Eigentums entsprechende Stellung zur Sache zu haben, herausstellt"[143], so beweist er damit noch nicht die Haltlosigkeit der Gegenansicht; vielmehr bewegt er sich in einem offensichtlichen Zirkel: Wenn dem Dritten dieser Wille erkennbar ist, so doch nur deshalb, weil der handelnde den Willen betätigt hat. Witalinskis Argumentation ist daher nicht geeignet, die Vorstellung vom Inhalt des Eigentums aus dem Begriff des Eigenbesitzwillens auszuschalten, und es ist gewiß nicht zu viel behauptet — nicht zuletzt angesichts der Tatsache, daß es bisher noch keinem Autor gelungen ist, überzeugende Gründe für das Nichtbestehen jener Vorstellung anzuführen —, wenn man den Standpunkt vertritt, daß mit dem Willen, die Sache in allen ihren Beziehungen tatsächlich zu beherrschen, notwendig die Vorstellung vom Inhalt des Eigentums verbunden ist. Die Vorstellung geht zwar auf einen Rechtsbegriff, aber es genügt für das Verständnis, da das Eigentum einen juristischen, künstlichen Charakter hat, eine laienmäßige Vorstellung[144]. Daraus folgt aber nicht, daß eine rein tatsächliche Vorstellung ausreichend sei, wenn auch anzuerkennen ist, daß künstlich geschaffene Rechtsbegriffe tote Institute blieben, wenn ihnen nicht tatsächliche (freilich nur unbestimmte) Vorstellungen entsprechen. Es ist daher natürlich, daß die laienmäßige Vorstellung sich allein auf rechtliche Momente — diese müssen aber unter allen Umständen vorhanden sein — erstreckt. Der Besitz ist demnach, da er sich an die Auffassung des gewöhnlichen Lebens und Ver-

[140] So Biermann, Bemerk. I zu § 872 und Bemerk. I a zu § 958; Dittenberger, a. a. O., S. 46, S. 92, S. 103; Eltzbacher, a. a. O., S. 216 ff.; Endemann, Bd. II, § 30, § 86; Goldmann-Lilienthal, Bd. II, § 1, 5, § 23, Note 4; Greiff in Plancks Komm., Bemerk. 2 b zu § 872, Bemerk. II, Abs. 2 zu § 958; Witalinski, a. a. O., S. 52 f.

[141] a. a. O., S. 92.

[142] Aehnlich Kress, a. a. O., S. 247. [143] a. a. O., S. 52.

[144] Vergl. oben § 2; zum folgenden besonders Kress, a. a. O., S. 137 ff.

kehrs anschließt, nicht ein künstlicher Rechtsbegriff; dagegen handelt es sich bei dem Eigenbesitz, der vom Gesetzgeber geprägt und mit besonderen Rechtswirkungen ausgestattet ist, um einen solchen[145]. Wer den Willen hat, eine Sache wie ein Eigentümer tatsächlich zu beherrschen, muß daher auch die Vorstellung von dem Inhalt des Eigentums, also eines Rechts, haben. Hieraus ergibt sich nun für Dittenberger die Konsequenz, daß dieser Wille nicht etwa die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges umfasse, sondern Gegenstand des Willens sei ein von jenem Erfolg verschiedenes, aber ebenfalls rechtliches Moment, nämlich die „Qualifizierung der Beziehung zwischen Person und Sache als einer rechtlichen Beziehung, nämlich der des Eigentümers zu seinen Sachen"[146]. Das ist zwar insoweit richtig, als der Eigenbesitzwille, der erst durch die Vorstellung vom Inhalt des Eigentums ausgelöst wird, ebenfalls ein rechtliches Moment enthält, aber dennoch hat Dittenberg ihn nicht richtig charakterisiert. Der Wille erstreckt sich nicht auf einen Zustand, als den die Beziehung zwischen Sache und Person aufzufassen ist, sondern er enthält ein auf den Erwerb des Eigentums gerichtetes Streben. Jenes Streben und die Vorstellung vom Inhalt des Eigentums zusammen sind aber nichts anderes als der Rechtserfolgswille[147]. Man wende jedoch im Hinblick darauf, daß die Rechtswirkung des Eigentumeintritts erst im Zusammenhang mit anderen Umständen ausgelöst wird, nicht etwa ein, daß der Erfolgswille nicht vorhanden zu sein brauche und daß die Rechtswirkung nur an äußere Tatsachen angeknüpft werde. Gerade das Gegenteil ist vielmehr richtig: Da der Eigenbesitz anders wie z. B. die Verarbeitung dem Zwecke dient, „in den Händen der Rechtsubjekte Mittel zur Erzeugung gewisser Rechtswirkungen zu sein"[148], nicht dagegen einem ausschließlich eigenen Zwecke der Rechtsordnung, so verlangt die Rechtsordnung hier den Rechtserfolgswillen. Der Eintritt der gewollten Rechtswirkungen wird jedoch, solange die übrigen gesetzlichen Voraussetzungen nicht erfüllt sind, gehemmt. Wenn Krebs a. a. O., S. 25 f. die Unabhängigkeit der Rechtswirkung vom Willen durch den Hinweis zu bekräftigen sucht, der Besitzer einer herrenlosen Sache könnte sich nicht darauf berufen, daß er nicht Eigentümer habe werden wollen, und zwar weil er unabhängig von seinem Willen Eigentum erworben habe, so

---

[145] Das ist allgemein anerkannt, vergl. auch Kress, a. a. O., S. 245.
[146] a. a. O., S. 46, Note 1. [147] Vergl. Henle, a. a. O., S. 95 f.
[148] Manigk, Anwendungsgebiet, S. 53.

können wir ihm keinesfalls zustimmen; denn hatte jener die Absicht, die Sache wie ein Eigentümer zu besitzen und hatte er diese Absicht offenbart, so ist er d e s h a l b und wegen der Herrenlosigkeit der Sache Eigentümer geworden; fehlte diese Absicht, so ist er lediglich Fremdbesitzer geworden. Dadurch, daß der Wille nur neben den äußeren Tatsachen gilt, büßt er also nicht das geringste an Bedeutung und Erheblichkeit ein; denn die letzteren allein sind ebensowenig wirksam wie der erstere allein[149].

Die Ansicht derer, die den Eigenbesitzwillen nicht als Rechtserfolgswillen, sondern nur als rechtlich qualifizierten Willen gelten lassen wollen, ist somit abzulehnen. Erst recht muß aber die von den meisten Subjektivisten geteilte Meinung, der Eigenbesitzwille sei nur ein natürlicher Wille[150], zurückgewiesen werden; hierauf näher einzugehen, ist nach der Stellungnahme zu Dittenbergers Ansicht unnötig. Das Ergebnis unserer Untersuchung ist also: Der Eigenbesitzwille ist mit dem Eigentumserwerbswillen, dem animus domini, identisch; er ist daher ein Rechtserfolgswille. Hieraus ergibt sich, daß Geschäftsunfähige keinen Eigenbesitz, sondern nur gewöhnlichen Besitz erwerben können[151].

---

[149] So auch Manigk, W. E. und W. G., S. 454.

[150] Brodmann in Plancks Kommentar, Bemerkung II b zu § 872 und Bemerkung II, Abs. 3 zu § 958; Cosack, Bd. II, § 42 I, 1; Eltzbacher, a. a. O., S. 217; Gierke, Sachenrecht, § 132 II; Jsay in Jher. Jahrbüch., Band 44, S. 46; Kipp, in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Band 54, S. 609; Kniep, a. a. O., S. 103 f.; Knauth, a. a. O., S. 14; Landsberg, § 179, VII; Rosenberg, Bemerk. I, 3 zu § 872; Wolff, Sachenrecht, § 9 I, 1 und § 78 III. Ferner die in § 4, Note 1 genannten Anhänger der objektiven Theorie.

[151] So auch Biermann, Bemerkung I zu § 872; J. Breit, Geschäftsfähigkeit. S. 236 f.; Dittenberger, a. a. O., S. 103 ff.; Flierl, a. a. O., S. 59; Hempowicz, a. a. O., S. 20; Kober in Staudingers Kommentar, Bemerkung 5 b zu § 872; Lorenz, a. a. O., S. 38; Manigk, Voraussetzungen des Eigenbesitzes, S. 324; R. G. R. K., Bemerkung II zum § 872; Turnau-Förster, Bemerkung 4 zu § 854.

A. M.: Auerbach, a. a. O., S. 34; Brodmann in Plancks Kommentar, Bemerkung 4 a zu § 872; Dernburg, Sachenrecht, § 17; Fischer-Henle, Bemerkung 1 zu § 872; Gierke, Sachenrecht, S. 528; Knauth, a. a. O., S. 19; Kniep, a. a. O., S. 104; Meyer, a. a. O., S. 113; Wolff, Sachenrecht, § 7 I.

III. Abschnitt.

Die rechtliche Natur der Aneignung und Eigentumsaufgabe.

§ 10.

Vergleich mit dem römischen Recht[1].

Die römischen Juristen, die sich in ihren Einzelentscheidungen frei von jeder doktrinären Starrheit mit einer nachahmenswerten Freiheit bewegten, haben den ihnen so sehr nachgerühmten „Blick für das praktische Leben" besonders bei ihrer Stellungnahme zur Okkupation und Dereliktion gezeigt. Der erst zu Beginn des 19. Jahrhunderts entstandene Rechtsgeschäftsbegriff war ihnen freilich unbekannt, aber dennnoch geben uns die römischen Rechtsquellen Anhaltspunkte für die Notwendigkeit subjektiver Momente bei beiden Rechtsinstituten.

Zunächst war es streitig, ob der Tatbestand der Dereliktion erfüllt sei, wenn der Derelinquent seinen Dereliktionswillen betätigt hat. Diesen verlangten zwar die Prokulianer, ließen aber die Rechtswirkung der Dereliktion erst eintreten, wenn ein besonderes äußeres Tatbestandsmerkmal erfüllt sei: Das Eigentum sollte dem aufgebenden selbst gegen seinen Willen so lange erhalten bleiben, bis ein Dritter die Sache in Besitz genommen hätte. Diesen Standpunkt gibt die l. 2, § 1 D. 41,7 wieder: Sed Proculus non desinere rem domini esse, nisi ab alio possessa fuerit. Im Gegensatz hierzu vertraten die Sabinianer die Meinung, die den praktischen Bedürfnissen mehr gerecht wurde und daher schließlich das römische Rechtsleben beherrschte, daß der Rechtserfolg von der Betätigung des Aufgabewillens allein abhängig sei. Auch ihnen war die Mehrdeutigkeit der Aufgabehandlung, die sowohl Besitz- wie Eigentumsaufgabe darstellen kann, nicht unbekannt geblieben, und sie machten dementsprechend, da die Verschiedenheit des Erfolges durch die Art des der Handlung zugrunde liegenden Willens bedingt wurde, die praktisch erhebliche Unterscheidung zwischen dem Besitzaufgabe- und Eigentumsaufgabewillen. (Vergl. l. 9, § 8 D. 41,1 und l. 43, § 11 D. 47,2). Nach Ansicht der Sabinianer bleibt also das Eigentum bestehen, wenn lediglich der Besitzaufgabewillen ge-

[1] Vergl. hierzu Manigks Anwendungsgebiet, S. 25 ff.; Flierl, a. a. O., S. 47 ff.

äußert wurde, andererseits aber konnte erst, wenn mit der Besitzaufgabe der Eigentumsaufgabewillen kundgegeben wurde, als Folge dieses Willens der Eigentumsverlust eintreten. Es zeigt sich also, wie auch die Quellen (s. z. B. in l. I. D. 41,7: res derelicta statim nostra esse desinit, et occupantis statim fit, quia isdem modis res desinunt esse nostrae, quibus acquiruntur) erkennen lassen, daß man einen auf die Rechtsfolge der Dereliktion gerichteten Willen, einen Rechtserfolgswillen, verlangte.

Bei der Okkupation dagegen müssen wir die interessante Feststellung machen, daß die Formulierung ihres Tatbestandes eine sehr große Aehnlichkeit mit der des B. G. B. aufzuweisen hat. Denn der ganze Titel de acqu. rer. dom. (D. 41,1) befaßt sich nur mit dem äußeren Tatbestand, dem corpus, das zur Okkupation gehört. Es fragt sich daher, ob in dem Begriff „occupare" ein Willensmoment enthalten ist. Da der römische Sprachgebrauch gleichartige und ungleichartige Begriffe durch gleichlautende oder abweichende Bezeichnungen scharf voneinander trennt, so ist der Schluß berechtigt, daß man occupare nicht mit possidere rem nullius identifiziert hat. Andererseits aber ergibt sich aus l. 3 D. 41,1: quod enim ante nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur, daß die Herrenlosigkeit nicht ein Begriffsmerkmal des occupare bildet; vielmehr hat diese lex nur ein allgemeines Prinzip, das z. B. auch für die specificatio Geltung hat, schaffen wollen. Immerhin ist aber im Hinblick auf diese Feststellung die Annahme gerechtfertigt, daß der Begriff des occupare im wesentlichen dem der Eigenbesitzbegründung unseres heutigen Rechts entspricht. Man wird daher, zumal die auf dem objektiven Tatbestand beschränkte Formulierung der Okkupation nicht zu der Schlußfolgerung zwingt, daß eine subjektive Tatbestandsseite überflüssig sei, behaupten dürfen, daß auch nach römischem Recht ein animus domini für erforderlich gehalten wurde[2]. Der Mangel eines direkten Quellenbeweises spricht höchstens für die „utilitaristische praktische Einstellung der Römer"[3], die streng theoretische Erörterungen nach Möglichkeit vermieden; eine größere Bedeutung kann man diesem Umstande nicht beimessen. Diese Auffassung wird in der Tat dadurch bestätigt, daß man, wie die bereits zitierte l. I D. 41,7 zeigt, in Rom zwischen

[2] So auch Manigk, a. a. O., S. 25 f.; Flierl, a. a. O., S. 52 f.; ferner die bei Manigk, a. a. O., S. 27, Note 1 genannten Schriftsteller der gemeinrechtlichen Periode.

[3] So Flierl, a. a. O., S. 52.

Okkupation und Dereliktion schon die Analogie verwertete und bei beiden Rechtsinstituten gleichmäßig viele Tatbestandsmerkmale für erforderlich hielt. Da nun feststeht, daß zur Dereliktion ein Erfolgswille notwendig war, so ist es mit Rücksicht auf die Wesensverwandtschaft beider Rechtsinstitute, die sich zwar als actus contrarii gegenüberstehen, aber dennoch das gemeinsame Moment aufzuweisen haben, daß sie die äußerste Grenze der rechtlich möglichen Einwirkungen auf die Sache darstellen, verständlich, daß man auch bei der Okkupation einen Erfolgswillen für wesentlich hielt. Hätte man diese Konsequenzen zu ziehen sich gescheut, so wäre man zu dem der Lebensauffassung widersprechenden Ergebnis gekommen, daß jemand, der eine Sache, um sie einen Augenblick zu beschauen, an sich genommen hätte, auch gegen seinen Willen Eigentümer geworden wäre und diese Rechtsposition selbst dann behalten hätte, wenn er lediglich den Besitzaufgabewillen betätigt hätte. Wir sehen also: ebensowenig wie heute konnte es damals im Interesse der Rechtsordnung gelegen sein, allein an die Tatsache der Herstellung des Possessionsverhältnisses an einer herrenlosen Sache die Rechtswirkung des Eigentumseintritts zu knüpfen.

§ 11.

Ergebnis.

Mit der Feststellung, daß bei dem Eigenbesitz ein auf den Eintritt einer Rechtswirkung gerichteter Wille erforderlich ist, haben wir das Haupthindernis, welches sich der Bestimmung der rechtlichen Natur der beiden Rechtsakte entgegenstellte, überwunden. Im Gegensatz zur Eigentumsaufgabe, bei der ein auf die Eigentumsaufgabe gerichteter Wille, der sogen. „Entschlagungswille"[4], vorhanden ist, der zweifellos ein Rechtserfolgswille ist, verlangt das Gesetz bei der Aneignung nicht etwa den Aneignungswillen, sondern es verwertet hier den generelleren Eigenbesitzbegriff und läßt den Eigenbesitzwillen maßgebend sein. Es wäre falsch, wenn man hieraus folgern wollte, daß der Aneignungswille ein Essentiale mehr als der Eigenbesitzwille enthielte, diesem gegenüber also ein „Plus-Wille" sei; diese Bedenken sind aber, nachdem oben die Identität des Eigenbesitzwillens und des Eigentumserwerbswillens eindeutig klargestellt und darauf hingewiesen worden ist, daß man vom Eigen-

[4] Kober, in Staud. Komm., Bemerk. 1 b zu § 959; R. G. R. K., Bemerk. II zu § 959.

tumserwerbswillen fälschlich nur dann zu sprechen pflegt, wenn gleichzeitig die opinio domini gegeben ist, hinfällig. Die Gesetzgeber ließen sich bei der Verwendung des Eigenbesitzinstitutes vielmehr von der Erwägung leiten, daß auch der von der Herrenlosigkeit der Sache nicht überzeugte, dem die opinio dominii fehlt, auf Grund der Betätigung des Eigenbesitzwillens Eigentum erwerben sollte, wenn die Sache nur objektiv aneignungsfähig ist[5]; die ratio legis geht also dahin, auch dem irrtümlich bösgläubigen das Eigentum zu verschaffen.

Man könnte nun Zweifel darüber hegen, ob seinem Willen die Qualität eines Rechtserfolgswillens zugesprochen werden darf[6]. Wenn man davon ausgeht, daß der bösgläubige Eigenbesitzerwerb vollständig aus dem zivilistischen Rahmen herausfällt und demnach als Nichtrechtsgeschäft anzusehen ist[7], so wird es schwer halten, den Beweis dafür zu erbringen, daß der Eigenbesitzerwerb des irrtümlich bösgläubigen ein Rechtsgeschäft sei. Es ist bereits oben betont worden, daß in den Fällen der §§ 134 und 138 B. G. B. ein Rechtsgeschäft, wenn auch ein unwirksames und nichtiges, gegeben ist. Gewiß ist, wie man einwenden könnte, z. B. ein Rechtsgeschäft, das wider die guten Sitten verstößt, logisch ein Widerspruch in sich selbst[8]. Das hindert aber nicht, zumal die nichtige Willenserklärung in den §§ 118 und 122 B. G. B. Realität genießt[9], daß wir, um mit Breit zu reden, „das nichtige Rechtsgeschäft dann zu den Rechtsgeschäften zählen müssen und dürfen, w e n n e s e i n R e c h t s g e s c h ä f t ist“[10], wenn also seine Begriffsmerkmale vorhanden sind. Warum sollte daher, wenn der Handelnde die Ueberzeugung hat, daß sein Handeln im Gegensatz zur Rechtsordnung steht, nicht trotzdem der Tatbestand des Rechtsgeschäfts, sofern dessen Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind, gegeben sein?

---

[5] So auch Manigk, W. E. und W. G., S. 544.

[6] Diejenigen Autoren, die behaupten, der Okkupant habe den Rechtserfolgswillen, und trotzdem die Richtung des Willens auf einen Wirtschaftseffekt hier genügen lassen (so Fr. Schmidt, a. a. O., S. 7; J. Breit, a. a. O., S. 133; anders jedoch Manigk, der das wirtschaftliche Wollen auf den Rechtsboden stellt [s. darüber unten]), gehen durch diese — von uns bereits als unrichtig erkannte — Auffassung geschickt den Bedenken, die sich gegen die rechtliche Qualität des beim irrtümlich bösgläubigen Okkupanten vorhandenen Erfolgswillens erheben, aus dem Wege.

[7] So Manigk, Anwendungsgebiet, S. 135; Flierl, a. a. O., S. 54 f.; Lorenz, a. a. O., S. 36.

[8] So z. B. J. Breit, a. a. O., S. 99.

[9] Henle, a. a. O., S 37. [10] J. Breit, a. a. O., S. 101.

Manigk freilich glaubt, daß der Wille des Diebes zwar auf einen Erfolg, nicht aber auf einen Rechtserfolg gerichtet sei, und begründet seine Ansicht folgendermaßen: „Der bösgläubige Besitzerwerb könnte auch nicht einmal als unwirksames R e c h t s geschäft angesehen werden, da der Erwerber dieses Eigenbesitzes, insbesondere der Dieb, die von ihm erstrebte Folge, — nämlich das, was juristisch als ‚Eigentum' bezeichnet wird — nicht als eine vom objektiven Recht gewährleistete Folge, nicht als eine Folge Rechtens, d. h. secundum jus, sondern contra jus erstrebt. Der Rechtsgeschäftsbegriff setzt aber voraus, daß der handelnde den Erfolg als einen rechtlichen erstrebt. Der böse Glaube hebt, wenigstens dort, wo er nicht auf Irrtum beruht, daher die Rechtsgeschäftsqualität auf. Meist liegt in diesen Fällen ein Delikt vor"[11]. Diese Auffassung Manigks läßt sich aber ganz und gar nicht aufrecht erhalten und steht sogar mit seinen übrigen Lehren im Widerspruch. Wenn Manigk schon anerkennt, daß „die Nichtigkeit bereits ein Prädikat über die Wirksamkeit des begrifflich perfekt vorliegenden Tatbestandes"[12] ist, so war er aber auch zu der Konsequenz gezwungen, ein Rechtsgeschäft dann für gegeben zu halten, wenn ein Delikt, z. B. Wucher (§ 138 Abs. 2) vorliegt. Auch Manigk erkennt an, daß der Dieb auf Grund der später betätigten derelictio solo animo (näheres darüber unten) seitens des Eigentümers Eigentum erwirbt[13]. Er wird zugeben müssen, daß die Rechtsordnung sogar an ein Delikt, ein „Nichtrechtsgeschäft", die Rechtswirkung des Eigentumseintritts knüpft. Nichtige Rechtsgeschäfte , aber auch vollwirksame, stehen also nicht im Gegensatz zu den Delikten[14]. Manigk hätte daher recht daran getan, den Gesichtspunkt des Delikts bei der Erörterung über den Eigenbesitzerwerb vollständig auszuschalten. Dieser Fehler wird denn auch Manigk zum Verhängnis. Während er beim Dieb das Vorhandensein eines Rechtserfolgswillens leugnet, spricht er dem vermeintlichen Dieb, der über die Herrenlosigkeit der Sache irrtümlich bösgläubig ist, diesen Willen zu, obwohl die subjektive Tatbestandsseite in beiden Fällen dieselbe ist. Aus diesem Grunde ist es nicht angängig, in den nur objektiv verschiedenen Tatbeständen, deren Verschiedenheit überdies verschwindet, wenn der Dieb infolge

---

[11] Anwendungsgebiet, S. 141; ferner W. E. und W. G., S. 181 f.
[12] W. E. und W. G., S. 189; Anwendungsgebiet, S. 141.
[13] Anwendungsgebiet, S. 27 f.
[14] So Henle, a. a. O., S. 36 f.; Eltzbacher, a. a. O., S. 17 f.; Höpker-Aschoff, a. a. O., S. 85; Jsay, Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts, S. 94 ff.

der derelictio solo animo seitens des Eigentümers Eigentum erwirbt, einmal ein Nichtrechtsgeschäft, dann ein Rechtsgeschäft zu erblicken. Ueberhaupt ist nicht einzusehen, warum beim Vorhandensein eines contra jus strebenden Willens ein Nichtrechtsgeschäft vorliegen soll[15], während Manigk selbst dann, wenn der Erfolgswille „im speziellen Falle" fehlt, vom unwirksamen Rechtsgeschäft spricht[16]. Damit sind die Widersprüche Manigks aber noch nicht erschöpft. Als Kern des Rechtsgeschäftsbegriffs läßt er den Erfolgswillen genügen[17]; in allen Fällen des Eigenbesitzerwerbes, auch dem der Aneignung, bejaht er aber das Vorliegen des Erfolgswillens[18]; daraus ergibt sich die notwendige Konsequenz, daß Manigk die Aneignung stets als Rechtsgeschäft, wenn auch nach Lage des Falles als ein nichtiges, hätte bezeichnen müssen. Wenn aber nach Manigks Ansicht das Handeln contra jus des Diebes sogar die Rechtsgeschäftsqualität der Aneignung aufhebt, so wird es ihm gewiß schwer fallen, mit Hilfe seiner für den Willensgeschäftsbegriff maßgebenden Lehre von der Feststellung des inneren Willens den Beweis zu erbringen, inwiefern der gleichfalls contra jus handelnde vermeintliche Dieb einen Rechtserfolgswillen hat[19]. Den Beweis ist er uns schuldig geblieben; das Ergebnis, daß der vermeintliche Dieb einen Rechtserfolgswillen besitzt, steht im schroffen Gegensatz zu seiner Auffassung vom Rechtserfolgswillen, die darin gipfelt, daß „die wirtschaftlichen Folgen stets als auf dem Boden des Rechts eintretend gewollt sein"[20] müssen.

Mit derselben Schwierigkeit der Beweisführung hätte man aber auch zu kämpfen, wenn man — vorausgesetzt, daß die Meinung, das Handeln contra jus vernichte den Rechtscharakter des Erfolgswillens, richtig ist — durch Auslegung jenes Rechtsmoment des Erfolgswillens retten wollte[21]. Dennoch läßt sich m. E. ohne Zuhilfenahme der Auslegung das gegen das Handeln contra jus be-

[15] Mit dieser Ansicht steht Manigk nicht allein da, so z. B. auch J. Breit, a. a. O., S. 127; Fink, a. a. O., S. 18.

[16] Anwendungsgebiet, S. 48.

[17] Anwendungsgebiet, S. 21; W. E. und W. G., S. 433 ff.

[18] Anwendungsgebiet, S. 29, S. 129 ff.; W. E. und W. G., S. 543 ff.; Voraussetzungen des Eigenbesitzes, S. 324 ff.

[19] Vergl. Henle, a. a. O., S. 38, Note 60.

[20] Anwendungsgebiet, S. 81.

[21] A. M. ist Henle, a. a. O., S. 38; dieser Autor, der sich zwar um die Aufdeckung der Widersprüche Manigks bemüht hat, sich aber eines Urteils darüber, welche Gedanken falsch und richtig sind, enthalten hat, glaubt, daß die Bedenken vom Handeln contra jus, wenn eine Auslegung stattfinde, als überwunden erscheinen und der Rechtsgeschäftsqualität der Aneignung nicht mehr im Wege stehen.

stehende Bedenken beseitigen. Die Beantwortung der Frage, ob der Okkupant, der contra jus handelt oder zu handeln glaubt, einen rechtsgeschäftlichen Willen betätigt, hängt ganz von dem Wesen des Erfolgswillens ab. Das Problem lautet also: Erfordert der Begriff des Rechtserfolgswillens, daß der Erfolg als auf dem Boden des Rechts eintretend gewollt ist, oder nicht? Bejahen wir diese Frage, so kommen wir zu dem Ergebnis: Weil der Erfolgswille contra jus gerichtet ist, ist er kein Rechtserfolgswille, und demnach liegt kein Rechtsgeschäft vor; verneinen wir sie aber, so ergibt sich: Weil der Erfolgswille ein Rechtserfolgswille ist, liegt ein Rechtsgeschäft vor; freilich ist es ein unwirksames, da das Tatbestandsmerkmal der Herrenlosigkeit der Sache fehlt, und deshalb tritt die Rechtswirkung des Eigentumserwerbes nicht ein. Da wir aber bereits Manigk gegenüber den Standpunkt vertreten haben, daß die Aneignung seitens des Diebes ein unwirksames Rechtsgeschäft darstellt, so steht nichts im Wege, auch die Meinung gelten zu lassen, daß das Handeln contra jus den Rechtserfolgswillen mit beeinflußt. Der Beweis erübrigt sich, da er schon bei der Bekämpfung von Witalinskis Ansicht, daß die opinio non dominii den animus domini beeinflusse und daher der Eigentumserwerbswille dahin gehen müsse, die Sache auch haben und behalten zu d ü r f e n, geführt worden ist (s. oben § 9). Diese Ansicht haben wir an jener Stelle sowohl aus juristischen wie psychologischen Gründen abgelehnt und uns offen zu Manigks Lehre, daß der animus domini des gutgläubigen und bösgläubigen Erwerbers wegen seiner Unabhängigkeit von der opinio stets identisch ist, bekannt. Damit haben wir den Kernpunkt der Widersprüche Manigks entdeckt. Behauptet er einerseits, daß die opinio dominii des Diebes den animus domini, den Erfolgswillen, nicht beeinflusse, so betont er andererseits, daß das Handeln contra jus des Diebes den Erfolgswillen als einen contra jus gerichteten erscheinen lasse. Nur eine von beiden Behauptungen kann Anspruch auf Richtigkeit erheben, weil sie sich gegenseitig ausschließen. Da Manigk für die erstere Ansicht überzeugende Gründe angeführt hat und die gegen sie von Witalinski erhobenen Einwände sich als unbegründet erwiesen haben, so kann nur die zweite Ansicht auf einer falschen Grundlage beruhen. Die Inkonsequenz besteht darin, daß Manigk, der bei der Frage, ob der Dieb überhaupt rechtsgeschäftlich handeln könnte, stutzig geworden ist, dem Handeln contra jus eine so eminente Bedeutung beigemessen hat, daß er glaubte, dem Dieb ohne weiteres diese Fähigkeit absprechen zu

müssen. Daß Manigk hier stutzig wurde, ist durchaus verständlich; denn, „die Konsequenz, daß der bei Nacht und Nebel im gespenstischen Schein der Blendlaterne mit höhnischem Lächeln den Geldschrank leerende Dieb ein Rechtsgeschäft vornimmt, kann in Wahrheit einen Augenblick verblüffen"[22]. Die Ueberlegung, daß der Dieb doch nur deshalb contra jus handelt, weil er bösgläubig ist, hätte Manigk auf den richtigen Weg gebracht; weil er bösgläubig ist, hat er die opinio non dominii[23]. Die Lösung muß daher lauten: Wenn die opinio non dominii den animus domini nicht beeinflußt, so beeinflußt das Handeln contra jus auch nicht den animus domini; der Erwerbswille des Diebes ist daher ein Rechtserfolgswille. Damit ist die Aufklärung der Widersprüche Manigks erreicht; die Quelle der Widersprüche bildet seine Ansicht vom Rechtserfolgswillen, den er als das „Wollen eines Wirtschaftseffekts", der „stets als auf dem Boden des Rechts eintretend gewollt sein muß" bezeichnet[24]. Auf dieser Definition baut sich seine Ansicht von der Erheblichkeit des Handelns contra jus und der dadurch bedingten Aufhebung der Rechtsgeschäftsqualität auf. Zu einem befriedigenden Resultat gelangt man aber nur dann, wenn man das Moment des auf dem Rechtsboden stehenden Willens aus dem Begriff des Rechtserfolgswillens eliminiert. Warum soll denn der Dieb, der, wie Manigk selbst hervorhebt, „in die Rechtssphäre des Eigentümers eintreten"[25] will, mit der Betätigung des Aneignungswillens nicht ein (unwirksames) Rechtsgeschäft vornehmen? Manigk (ebendort) sucht allerdings die entgegengesetzte Ansicht durch die Behauptung zu rechtfertigen: „Freilich bedient er sich bei diesem Eintritt, wie er wohl weiß, eines anderen als des rechtsgeschäftlichen Weges". Gewiß weiß der Dieb, daß er einen strafrechtlichen Weg beschreitet, aber daraus folgt doch nicht, daß er einen auf den Eintritt des Rechtserfolges gerichteten Willen nicht hat, zumal Rechtsgeschäft und Delikt nicht im Gegensatz stehen. Die Rechtsordnung versagt dem Dieb nicht deshalb den Rechtsschutz, weil ihm der Rechtserfolgswille fehlt, sondern weil er fremde Rechtsgüter durch die Betätigung des Rechtserfolgswillens verletzt. Wenn aber der

[22] Henle, a. a. O., S. 35.

[23] Henle, a. a. O., S. 35, Note 53, bemerkt ganz richtig: Der Dieb ist wohl „nicht im guten Glauben" (§ 932 B. G. B.), aber er ist nicht in bösem „Glauben", sondern er „weiß", „kennt". Damit löst man den „guten Glauben" freilich von seinem historischen Boden los, indem man den Glauben statt als fides (Gewissen) als Meinung (opinio) faßt. (Aehnlich Manigk, über Rechtswirkungen und juristische Tatsachen in Jher. Jahrb., Bd. 49, S. 478).

[24] Anwendungsgebiet, S. 81. [25] Anwendungsgebiet, S. 135.

Dieb durch die nachträgliche derelictio solo animo seitens des Eigentümers Eigentum erwirbt, so schützt sogar die Rechtsordnung das Handeln des Diebes, das es auf der anderen Seite bekämpft; Jsays Worte: „Die Rechtsordnung leiht unter Umständen sogar ihren mächtigen Arm, um den Verbrecher die Frucht seiner Handlung pflücken zu helfen“[26], sind hier durchaus berechtigt. Daher ist es gerechtfertigt, wenn man den animus des — wirklichen und vermeintlichen — Diebes als Rechtserfolgswillen ansieht. Nur dann, wenn man diesen Satz anerkennt, läßt sich die Ansicht aufrecht erhalten, daß die Aneignung stets ein Rechtsgeschäft ist.

Aber nicht immer besteht beim Okkupanten das Streben nach dem Rechtserfolg, und zwar einzig und allein in den Fällen des Rechtsirrtums[27]; es ist sowohl möglich, daß der Eigenbesitzer den Eigenbesitz — nicht nur den Besitz — ergriffen hat, „weil der Verstand irrig die Möglichkeit verkennt, daß der Erfolg durch die Willensäußerung erreichbar ist“[28], als auch „in der irrigen Meinung, die in Wirklichkeit herrenlose Sache gehöre schon ihm“[29]. Wenn hier die falsche Rechtsüberzeugung des Eigenbesitzers bewirkt, daß sein Wille nicht zum Rechtserfolg drängt, so kann man sich nicht, wie es Jacobi[28] tut, darauf berufen, der Wille sei wenigstens darauf gerichtet, „die Vorstellung zu erwecken, daß man einen Rechtsgestaltungswillen habe. Auch hier genügt aber der b l o ß e Wunsch auf Rechtsänderung“. Diese Auffassung ist deshalb unrichtig, weil die Vorstellung des Eigenbesitzers sich gar nicht darauf beziehen kann, daß die Außenwelt den Schluß auf das Vorhandensein des Erfolgswillens ziehen könnte[30]; da der Wille sich nur innerhalb der erkannten Grenzen der Möglichkeiten bewegen kann, so kann auch der „bloße“ Wunsch den Erfolgswillen nicht ersetzen. Wir müssen uns mit der Tatsache abfinden, daß in diesen Ausnahmefällen die Richtung des Willens auf den Rechtserfolg fehlt[31]. Aber auch trotz

[26] Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts, S. 102.

[27] Diesem sehr heiklen, aber praktisch kaum bedeutsamen Punkt hat man bisher sehr wenig Beachtung geschenkt. Manigk, Anwendungsgebiet, S. 132, S. 138 f., S. 270 f., hat zwar die Möglichkeit dieses Rechtsirrtums erkannt, nicht dagegen, daß das Erstreben des Rechtserfolges hier fehlt; er stellt die Fälle tatsächlichen Irrtums, wo doch stets ein Erfolg erstrebt wird, gleich.

[28] So Jacobi, a. a. O., S. 77.

[29] So R. G. R. K., Bemerkung II zu § 958.

[30] So auch Manigk, W. E. und W. G., S. 145 (freilich in einem anderen Zusammenhange).

[31] Manigk müßte hier, da die Feststellung des inneren Willens für ihn maßgebend ist, zu dem bemerkenswerten Resultat kommen, daß ein unwirksames Rechtsgeschäft vorliegt, Eigentum also nicht erworben wird. (Vergl. Anwendungsgebiet, S. 48, wo er ausführt, daß das Rechtsgeschäft nur unwirksam sei, wenn der Erfolgswille im speziellen Fall fehlt, ferner S. 246).

dieses dem Willen anhaftenden Mangels ist er ein rechtlich qualifizierter Wille, da er von der Vorstellung vom Inhalt des Eigentums beeinflußt ist. Er hat jedoch nur in jenen Rechtsirrtumsfällen den Charakter, den Dittenberger (s. § 9 oben) ihm schlechthin zuschreibt. Aber dennoch ist der Rechtserfolg als gewollt anzusehen, zumal der äußerlich erkennbare Wille, der sich in dem Bestreben, ein besseres Recht nicht anerkennen und mit Ausschluß eines jeden Dritten besitzen zu wollen, erschöpft, geeignet ist, die Vorstellung zu erwecken (nach außen hin), daß ein Rechtserfolgswille vorhanden sei. Mit zwingender Notwendigkeit folgt letzteres daraus, daß die Außenwelt, die mit Rücksicht auf die Eigenart der äußeren Erscheinungsform des Eigenbesitzes die Richtung des Willens auf den Rechtserfolg nicht prüfen kann[32], einen Rechtsirrtum des Eigenbesitzers nicht erkennen kann und an das Vorhandensein des Rechtserfolgswillens glaubt. Eine andere Auslegung des Verhaltens des Eigenbesitzers ist überhaupt unmöglich; daher ist, da das Fehlen der Richtung des Willens auf den Rechtserfolg nicht erkennbar hervortritt, der Wille, Eigentum zu erwerben, also ein Rechtserfolgswille, kundgegeben. Obwohl der Rechtserfolg infolge Rechtsirrtums nicht erstrebt wird, ist für die Außenwelt der Rechtserfolgswille vorhanden[33]; für die Anhänger der objektiven Rechtsgeschäftstheorie ist daher auch in den Fällen des Rechtsirrtums ein Rechtsgeschäft vorhanden. Der Mangel des inneren Erfolgswillens ist aber auch für die subjektive Theorie, der wir uns oben angeschlossen haben, unerheblich, weil der Eigenbesitzer, wenn er sich der Möglichkeit des Eigentumserwerbs bewußt gewesen wäre, den Willen, Eigentum bezw. Eigenbesitz zu erwerben, gewiß gehabt hätte[34].

Somit ist der Nachweis erbracht, daß der Eigenbesitzwille des Okkupanten ein Rechtserfolgswille ist oder wenigstens in den

---

[32] So auch Manigk, Anwendungsgebiet S. 59, wo er darauf hinweist, daß man bei den Willensgeschäften den sonst möglichen Schluß vom Erfolg auf die Absicht deshalb nicht ziehen kann, weil der Rechtserfolg niemals sinnlich wahrnehmbar ist; ebenso derselbe, über Rechtswirkungen und juristische Tatsachen, S. 465 f.

[33] Aus diesem Grunde steht der Rechtsirrtum dem Eigentumserwerb nicht im Wege.

[34] Man spricht hier von einem „hypothetischen" oder „mutmaßlichen" Willen, der stets dann zu berücksichtigen ist (analoge Anwendung des § 157 B. G. B.), wenn die rechtlichen Interessen Dritter nicht verletzt werden. Vergl. Cosack Bd. 1 § 63 III; Enneccerus, Bd. 1, 1 § 102 III; v. Thur, Bd. 2, 1 S. 545; ferner R. G. Z. in „Das Recht" 1912 Nr. 552 und Nr. 1747.

praktisch belanglosen Fällen des Rechtsirrtums als Rechtserfolgswille anzusehen ist. Sowohl bei der Aneignung wie bei der Eigentumsaufgabe ist also das Hauptcharakteristikum des Rechtsgeschäfts, der Rechtserfolgswille, gegeben.

Beide Rechtsinstitute tragen aber nur dann den Charakter eines Rechtsgeschäfts, wenn der Erfolgswille in der Außenwelt kundgegeben wird. Es ist nicht erforderlich, daß die Kundgebung zum Zwecke der Wahrnehmung erfolgt (vergl. oben § 2); denn gerade dem Okkupanten, der die opinio non dominii hat, wird es nicht so sehr um das erkennbarmachen wie um das verheimlichen der Aneignungshandlung zu tun sein. Die Kundgebung ist daher nichts anderes wie die Betätigung des Erfolgswillens. Bevor wir in die Erörterung der Frage, worin sich die Kundgebung äußert, eintreten können, ist zunächst festzustellen, ob Aneignung und Eigentumsaufgabe sich stets in der Form einer juristischen Handlung äußern. Das Gesetz selbst scheint von dieser Annahme auszugehen, da es das Tätigwerden des Okkupanten und Derelinquenten in den Redewendungen „Wer . . . . in Eigenbesitz nimmt" und „wenn der Eigentümer . . . . aufgibt" zum Ausdruck bringt (im Gegensatz zu der unpersönlich gehaltenen Fassung der § 854 und 856 B. G. B.: „Der Besitz . . . . wird erworben, ... beendigt"). Dennoch ist es nicht notwendig, daß die genannten corpus-Handlungen persönlich vorgenommen werden; sie können auch durch Besitzdiener und Besitzmittler erfolgen[35]; die Besitzaufgabe ist sogar entgegen der Terminologie des § 856 B. G. B. in der Form des unfreiwilligen Besitzverlustes möglich[36]. Es wäre jedoch verfehlt, wenn man hieraus den Schluß ziehen wollte, daß die beiden Rechtsakte ihr Wesen

---

[35] Das ist fast allgemein anerkannt; so Brodmann in Plancks Komm., Bemerk. 4 a zu § 872; Fink, a. a. O., S. 52; Kober in Staud. Komm., Bemerk. 1, 2 b, c zu § 958 und Bemerk. 1 e zu § 959; R. Leonhard, allgemeiner Teil, S. 309, S. 299; Lorenz, a. a. O., S. 39, S. 24; Manigk, Anwendungsgebiet, S. 364 ff., sowie W. E. und W. G., S. 564 ff.; Meyer, a. a. O. S. 155, R. G. R. K., Bemerk. 3 zu § 958 (unter Bezugnahme auf R. G. R. St. Bd. 39 S. 179) und Bemerk. 3 zu § 959; Rümelin, a. a. O. S. 270 ff. (läßt Stellvertretung nur bei der Okkupation, nicht bei der Dereliktion zu — S. 190 ff., da § 185 Platz greifen müsse); Fr. Schmidt, a. a. O. S. 30 ff.; W. Schmidt, a. a. O. S. 67; Witalinski, a. a. O. S. 49. A. M.: Endemann, Bd. 1, § 80 c; Fr. Leonhard, a. a. O., S. 114 f.; Lenel, a. a. O., S. 4 f.; Matthias, Bd. 1 § 56 IV (Die beiden letzteren Autoren lassen wohl Stellvertretung, aber kein Handeln in fremdem Namen gelten).

[36] Manigk, Anwendungsgebiet S. 195 f. und Willenserklärung und Willensgeschäfte, S. 549, S. 655. Dies wird jedoch kaum bestritten, a. M.: Lanckoronski, Beiträge zu der Lehre von der Dereliktion und Okkupation (Breslauer Dissertation von 1907), S. 10 ff.; Fink, a. a. O., S. 31, S. 34; Schloßmann, Zum Wirtshausrecht und zur Lehre von den herrenlosen Sachen in Iher. Jahrbüch. Bd. 49, S. 148.

als juristische Handlung verlören[37]; denn stets müssen Okkupant und Derelinquent in einer erkennbaren Form ihr Einverständnis mit der Vornahme der corpus-Handlung bekunden. Da im übrigen Eigenbesitz ohne Betätigung des animus domini, wie oben dargelegt, nicht erworben wird, so steht es fest, daß beide Rechtsakte stets juristische Handlungen sind.

Als äußeres Moment des Tatbestandes beider Rechtsakte erscheinen die Eigenbesitzgründung und die Besitzaufgabe. Ueber die diesen corpus-Handlungen zukommende Bedeutung herrschte ursprünglich nach der Einführung des heutigen Gesetzbuches Streit. Die eine Richtung glaubte, einen näheren Zusammenhang zwischen animus und corpus konstatieren zu müssen, und faßte das corpus als Aeußerung des inneren animus auf[38], während die Gegenansicht die Unabhängigkeit des corpus vom animus behauptete[39]. Die Mehrdeutigkeit des corpus hat man zwar allgemein anerkannt, aber in den hieraus zu folgenden Konsequenzen wich man voneinander ab. Da nach Manigk[40] eine konkludente Willenserklärung, um als solche gelten und wirken zu können, „eindeutig und unzweifelhaft den inneren, aus ihr zu erschließenden Willen ausdrücken" muß, so ist die Verwertung der corpus-Handlung als Erklärungsmittel des animus demgemäß ausgeschlossen. Diese Auffassung bekämpft besonders Lanckoronski in längeren Ausführungen, die speziell über die Dereliktion handeln[41]. Zunächst wendet er unter Berufung auf Fink[42] ein, daß die Forderung, die Willenserklärung müsse eindeutig sein, direkt dem § 131 B. G. B. widerspreche, der zweifelhafte, nicht absolut eindeutige Willenserklärungen gerade voraussetze. Hieraus ergibt sich für ihn „die Willenserklärungsnatur der corpus-Handlung" [43] bei der Dereliktion. Diese Behauptung sucht er weiterhin zu erhärten: einmal durch den Hinweis, daß die corpus-Handlung normalerweise den animus des Derelinquenten erkennen lasse, ferner durch die allgemeine Redewendung, daß es eine objektive Eindeutigkeit gar nicht gebe. Schließlich glaubt er, von mehreren Autoren, die die Dereliktion für ein Rechtsgeschäft halten, würde seine An-

[37] So Eltzbacher, a. a. O. S. 213.
[38] So Lenel, a. a. O., S. 4 f.; Lanckoronski, a. a. O., S. 23 ff., S. 34; Lorenz, a. a. O., S. 20.
[39] So besonders Manigk, Anwendungsgebiet, S. 31, S. 100, S. 119, S. 190 ff., sowie die gesamte übrige Literatur.
[40] Anwendungsgebiet, S. 31; heute ist dieser Standpunkt allgemein anerkannt.
[41] a. a. O. S. 28 ff. [42] a. a. O. S. 14.
[43] a. a. O. S. 31.

sicht geteilt, wenn sie auch nicht direkt zum Ausdruck brächten, daß die corpus-Handlung als Willenserklärung aufzufassen sei[44]. Diese willkürliche Unterstellung beruht aber zweifellos auf einem Mißverständnis, da ein so abwegiger Gedankengang, wie ihn der Rechtfertigungsversuch Lanckoronskis darstellt, jenen Autoren vollständig ferngelegen hat und auch nicht zugemutet werden kann. Lanckoronski ist völlig im Unrecht, da er weder das Wesen der corpus-Handlung, welche ohne den animus vorhanden sein kann und daher von letzterem unabhängig ist, noch die Bedeutung des § 133 B. G. B., dessen Anwendungsmöglichkeit erst gegeben ist, wenn das Vorhandensein einer Willenserklärung feststeht[45], richtig erkannt hat. Außerdem wäre man, wenn diese Meinung richtig wäre, gezwungen, die derelictio solo animo für unzulässig zu halten, da der animus als verursachender Faktor der Besitzaufgabe zeitlich vorausgehen müßte[46].

Aber noch eine weitere wichtigere Streitfrage hat die Mehrdeutigkeit der corpus-Handlung heraufbeschworen, und zwar die Frage, ob der animus kundgegeben werden muß oder nicht. Für Manigk war der Umstand, daß die corpus-Handlung keine konkludente Erklärung des animus ist, Grund genug, um einen neuen Begriff, den des Willensgeschäftes, zu suchen, bei dem auf die Kundgebung des Erfolgswillens verzichtet werden könne[47]. Den Erfolgswillen allein läßt er jedoch, wie er zunächst gelehrt hatte, nicht genügen; erforderlich ist nach ihm, daß er zur Tat geführt hat. „Ein körperliches Verhalten, daß den Willen perfiziert, ist also materiell zu fordern, hingegen sind hinsichtlich der Verwertbarkeit des Verhaltens als Indiz, und gar der Möglichkeit eines zwingenden Rückschlusses auf den Inhalt des Erfolgswillens keinerlei Ansprüche zu stellen, da diese bereits dem Begriff der Willenserklärung entlehnt

---

[44] a. a. O. S. 34 f.

[45] Allerdings ist die Auslegung nach § 133, wie bereits oben im § 3 dargelegt, auch bei der Frage nach der Existenz der Willenserklärung gegeben (vergl. dazu Binder a. a. O. S. 439 f.,) jedoch nur in konkretem zweifelhaftem Falle, nicht dagegen bei der Frage, ob eine gewisse Gattung juristischer Handlungen als Willenserklärung aufzufassen ist.

[46] So Lanckoronski, a. a. O., S. 36; a. M. fast die gesamte Literatur, z. B. Kober, in Staud. Komm., Bemerk. 1 e zu § 939; R. G. R. K. Bemerk. 4 zu § 959.

[47] Anwendungsgebiet S. 29 Note 2, S. 36; dieser Ansicht haben sich angeschlossen: Aranvantinos, a. a. O., S. 138; Flierl, a. a. O., S. 64; Hempowicz, a. a. O. S. 19 (scheinbar); Klein, die Rechtshandlungen i. S. S. 8; Kurts, a. a. S. 36.

wären"[48]. Der Verzicht auf die Kundgebung des animus ist nach Manigk bei der Aneignung wie bei der Eigentumsaufgabe deshalb zulässig, weil sie als sogenannte „einsame Akte" fremde Rechtssphären nicht berühren, vielmehr unmittelbar Wirkungen nur für den handelnden selbst haben und daher ein gegnerisches Interesse an der Erklärung des Geschäftswillens nicht anerkannt wird[49]. Da die Perfektion des animus sich hier in der Besitzbegründung, dort in der Besitzaufgabe manifestieren soll, so muß Manigk dort, wo Besitzerlangung und -verlust durch physische Ursachen, die nicht eine Handlung voraussetzen, bewirkt wird, also in den Fällen der — fälschlich so gennannten — occupatio und derelictio solo animo nach einem Ausweg suchen. Er erkennt an, daß auch hier der innere Wille allein den Erwerb und Verlust nicht bewirken könne und in anderer Weise zur Tat würde; daher erblickt er die Perfektion des Willens darin, daß „eine gewisse sonst gebotene positive Körperbewegung geflissentlich unterlassen wird"[50]. Den Aneignungswillen läßt er dadurch zur Tat werden, daß eine positive Handlung unterbleibt, „weil sie z. B. wegen des casu verwirklichten corpus überflüssig erscheint", den Eigentumsaufgabewillen dadurch, daß „von vornherein jeder Versuch nach einer Wiedererlangung des Besitzes als zwecklos oder aus einem sonstigen Grunde aufgegeben wird"[51]. Manigk läßt also, wenn beide Rechtsakte solo animo vorgenommen werden, ausnahmsweise das (negative) Verhalten entscheiden.

Die Gegenansicht, welche wohl von denjenigen Autoren, die sowohl bei der Aneignung wie Eigentumsaufgabe den Erfolgswillen als vorhanden ansehen, am häufigsten vertreten wird, hält dagegen daran fest, daß eine Kundgebung des Erfolgswillens zu erfolgen habe, wie sie bei jeder Willenserklärung erforderlich ist[52]. Die Kundgebung äußert sich hiernach in dem konkludenten Gesamtverhalten des Okkupanten und Derelinquenten. Der Vorteil dieser Auffassung gegenüber der Manigkschen besteht darin, daß das in einem fortgesetzten Tun oder Unterlassen sich manifestierende Verhalten einen sicheren, eindeutigen Rückschluß auf das Vorhandensein oder Fehlen des animus gewährleistet, während die Feststellung des von Manigk

---

[48] Manigk, W. E. und W. G., S. 448. [49] W. E. und W. G., S. 548.
[50] W. E. und W. G., S. 549. [51] W. E. und W. G., S. 550, S. 549.
[52] So J. Breit, a. a. O. S. 261; Jacobi, a. a. O. S. 82; Krebs a. a. O., S. 14 ff. (bezügl. der Eigentumsaufgabe); Rümelin, a. a. O. S. 167; Fr. Schmidt, a. a. O., S. 14, S. 27; W. Schmidt, a. a. O., S. 46; Wlassak, a. a. O., S. 72, ebenso die Praxis (zitiert bei Manigk, Voraussetzungen des Eigenbes., S. 323).

zur selbständig wirksamen Tatsache erhobenen animus auch nach der Vornahme der corpus-Handlung oder, nachdem eine an sich gebotene positive Körperbewegung unterlassen worden war, nicht immer möglich ist. Abgesehen von der Unzulänglichkeit des Manigkschen Willensgeschäftsbegriffes in praktischer Hinsicht ist jener Begriff, der ein künstliches Gebilde darstellt, nicht einmal theoretisch gerechtfertigt. Es ist zwar richtig, daß Tatbestände, die ausschließlich eigene Rechtsphären berühren, niemanden interessieren, aber in Wirklichkeit berühren die Tatbestände beider Rechtsakte nicht allein die Rechtssphäre des Okkupanten und Derelinquenten; denn sonst hätte sich eine Normierung ihrer Tatbestände erübrigt[53]. Es läßt sich also nicht leugnen, daß die Allgemeinheit daran interessiert ist, zu erfahren, ob eine Sache herrenlos ist oder nicht, schon allein deshalb, weil Klarheit darüber herrschen muß, einmal, ob die Sache okkupiert werden darf, andererseits darüber, ob sie rechtswirksam okkupiert worden ist[54]. Die Forderung, daß der rechtsgeschäftliche Wille auch kundgegeben werden müsse, beruht daher nicht, wie Manigk glaubt, auf einem „Vorurteil von der Irrelevanz des inneren Willens"[55]; die fast allgemeine Abneigung erklärt sich vielmehr aus der Zweckbestimmung der Rechtsordnung, die die gemeinsamen privaten Rechtsinteressen regeln will. Die Lehre vom Willensgeschäft, bei der die Perfektion des Willens lediglich in einer einzelnen (positiven oder negativen) Handlung bestehen soll, ist somit abzulehnen und daran festzuhalten, daß nur das gesamte schlüssige Verhalten als Kundgebung des auf den Rechtserfolg gerichteten animus anzusehen ist; dies gilt vor allem für die occupatio und derelictio solo animo.

Nunmehr steht, nachdem der Beweis erbracht ist, daß bei beiden Rechtsakten ein auf einen bestimmten Rechtserfolg gerichteter Wille, der Eigenbesitzwille und der Entschlagungswille, sowie die Kundgebung dieses Willens in der Außenwelt vorhanden ist, der Anreihung dieser Handlungen unter die juristischen Handlungen nichts mehr im Wege. Aneignung und Eigentumsaufgabe sind Rechtsgeschäfte[56/57],

---

[53] So richtig: Krebs, a. a. O., S. 16 ff.

[54] So außer Krebs auch Rümelin, a. a. O., S. 178, und besonders W. Schmidt, a. a. O. S. 46.

[55] Anwendungsgebiet S. 101.

[56] Für die Rechtsgeschäftsqualität der Aneignung haben sich außer den im § 1 Note 6 und 7 genannten ausgesprochen: Kress, a. a. O. S. 248; Kuhlenbeck, Vorbemerk. zu § 958; Kurts, a. a. O. S. 36; Manigk, Vorauss. des Eigenbes. S. 324; Meissner, Bemerk. 2 zu § 872; Landsberg, a. a. O., S. 665; ferner scheinbar

die gesetzlichen Vorschriften über Rechtsgeschäfte finden so weit wie möglich Anwendung, insbesondere die Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit, Stellvertretung und die Willenserklärung.

Das Hauptverdienst um die Klärung der Rechtsnatur der Aneignung und Eigentumsaufgabe hat sich zweifellos Manigk erworben. Manigk hat damals in seinem Anwendungsgebiet eine Aeußerung getan, die, wie man wohl behaupten darf, inzwischen zum geflügelten Wort geworden war, weil man glaubte, mit dieser Aeußerung seine Auffassung bekämpfen zu können; sie lautet: „Man muß bedauern, daß diese beiden Handlungen bisher das gemeinsame Schicksal gehabt haben, heimatlos auf dem großen Gebiete des Rechts umhergeirrt zu sein, ohne irgendwo dauernde Aufnahme zu finden. Und es ist Zeit, daß sie nun zur Ruhe kommen"[58]. Dieser Wunsch sollte aber nicht so bald Wirklichkeit werden, da der von Manigk versuchten Lösung des Problems von fast allen widersprochen wurde; es wurden Stimmen laut gegen die Bildung des Willensgeschäftsbegriffs, gegen die Erheblichkeit des Eigenbesitzwillens und gegen dessen Qualifizierung als Rechtserfolgswillen. Wägt man aber diese Stimmen ab, so läßt sich kaum bezweifeln, daß die in der Wissenschaft sich neuerdings offenbarende Tendenz auf Ablehnung des Willensgeschäftsbegriffs, aber auf Anerkennung eines auf die Rechtsfolge gerichteten Eigenbesitzwillens geht. So wird man Manigk, dem man wegen seiner großen Verdienste zu Dank verpflichtet ist, wenn man ihm auch nicht in allen Punkten folgen will, wenigstens im Prinzip gerecht.

Henle, a. a. O., S. 38. A. M.: Buhl, a. a. O., § 7; Knauth, a. a. O., S. 14 in Verb. m. S. 24; Rosenberg, Bemerk. 1, 3 zu § 872; Strohal, der Sachbesitz, S. 75 ff.; Höpker-Aschoff, S. 87 f.; Meyer, a. a. O., S. 113; Witalinski, a. a. O., S. 51 ff.

[57] Für die Rechtsgeschäftsqualität der Eigentumsaufgabe sind außer dem in § 1 Note 6—8 zitierten: Lanckoronski, a. a. O., S. 34; W. Schmidt, a. a. O., S. 49.

[58] S. 24.